This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 216 735

1.20

Bd. Mar. 1937

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Received NOV 7 1934

Germany

Das Anfechtungsrecht

der benachtheiligten Konkursgläubiger

nach gemeinem Rechte

und

nach der Reichs-Konkurs-Ordnung,

unter theilweiser Berücksichtigung des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879

systematisch dargestellt

von

Paul Grützmann,

Referendar beim Königlichen Landgericht Leipzig.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1882.

Das Anfechtungsrecht

der benachtheiligten Konkursgläubiger

nach gemeinem Rechte

und

nach der Reichs-Konkurs-Ordnung,

unter theilweiser Berücksichtigung des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879

systematisch dargestellt

von

Paul Grützmann,

Referendar beim Königlichen Landgericht Leipzig.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1882.

GERMANY 94 ...1

NOV 7 1934

11/7/34

Alle Rechte vorbehalten.

Vorwort.

Indem ich für die nachstehende Schrift um eine wohlwollende Aufnahme und Beurtheilung bitte, möchte ich mir gestatten, einige orientirende Bemerkungen voraus zu schicken.

Ich würde gern, um die praktische Brauchbarkeit der Arbeit zu erhöhen, auch das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 vollständig behandelt haben; allein es hat mir hierzu an Zeit gefehlt. Nur der § 2 des gedachten Gesetzes ist ausführlich besprochen; doch gilt von den §§ 3, 6, 11 und 12 vielleicht insofern dasselbe, als sie irgend erhebliche Abweichungen vom Konkursrechte nicht enthalten. Dagegen hat der Gang der Untersuchung betreffs der §§ 7, 8 und 9 leg. cit. nur zu wenigen Bemerkungen Anlaß geboten, was ich namentlich in Ansehung des § 8 lebhaft bedauere, und die Bestimmungen der §§ 4, 5, 9 und 10 des bezeichneten Reichsgesetzes mußten ganz unberührt bleiben.

Das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger ist von den Standpunkten zugleich des gemeinen und des Königlich Sächsischen Privatrechts dargestellt worden. Es ist nämlich, wie man leicht sehen wird, nicht selbstständiges gemeines Recht, sondern setzt allenthalben Rechtsverhältnisse und Rechtsbegriffe voraus, die zwar im ganzen Reiche im Wesentlichen gleich sein mögen, eine genaue Bestimmung aber nur auf dem Boden der einzelnen positiven Civilrechte erhalten können.

Die Anordnung der Darstellung habe ich nach den leitenden Gedanken des Anfechtungsrechts selbst zu bestimmen und streng festzuhalten versucht; ob mit Recht, darüber kann nur der Erfolg entscheiden. Es hat mir aber scheinen wollen, als ob nicht wenige von den zahlreichen in dieser Materie vorhandenen Streit-

fragen darauf beruhten, daß viele Bearbeiter die allgemeinen Begriffe der Anfechtbarkeit als etwas von sich selbst Klares kurz an der Spitze ihrer Darstellungen aufgezählt und dann sich sofort zur Behandlung von Einzelfragen gewendet haben, und als ob der eigentliche Sitz der Kontroversen in mehr oder weniger latenten Meinungsverschiedenheiten über gerade jene allgemeinen Begriffe zu suchen sei. Doch bringt mein Verfahren den unläugbaren Uebelstand mit sich, daß keineswegs, wie es bisher üblich war, alle Rechtssätze, welche sich auf die Zahlung, auf die datio in solutum, auf die Pfandbestellung u. s. f. beziehen, an jeweilig demselben Orte stehen. Ich habe mich bestrebt, dies durch Verweisungen von einer Stelle auf die andere und durch Beifügung eines alphabetischen Sachregisters auszugleichen.

Die Register machen keinen Anspruch auf Vollständigkeit; nur diejenigen Stellen der Schrift sind dabei berücksichtigt worden, von denen ich es für möglich hielt, daß, aus welchem Interesse es auch sein möchte, ihr Wiederauffinden oder Auffinden dem einen oder dem anderen Leser vielleicht erwünscht sein könnte, namentlich aber alle diejenigen, welche eine unmittelbare Bedeutung für die Praxis haben oder wenigstens nach meinem sehnlichen Wunsche gewinnen sollen.

Schließlich sei es mir gestattet, meinen hochverehrten Lehrern, dem Herrn Geheimen Rath Windscheid und dem Herrn Geheimen Hofrath Wach, von denen ich nicht nur zur Abfassung der vorliegenden Schrift angeregt, sondern auch bei der Arbeit selbst dadurch, daß sie die Benutzung der hiesigen Universitätsbibliothek mir ermöglicht und sogar den Gebrauch ihrer eigenen Bibliotheken gestattet haben, unterstützt worden bin, für das Alles auch an dieser Stelle meinen ergebensten und aufrichtigsten Dank auszusprechen.

Leipzig, Ende Mai 1882.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Theil. Das gemeine Recht.

§ 2. I. Kapitel. Rechtsgeschichtliches 3
a) Die verschiedenen Meinungen 4
b) Die Quellen (§ 6 I. de act. IV, 6; l. 38 § 4 D de usuris XXII, 1.) 5
c) Die verschiedenen Meinungen als die allein denkbaren Versuche zur Lösung des Widerspruchs 6
d) Der Widerspruch bleibt 9
e) Erklärung desselben 9
f) Schlußfolgerung 10

II. Kapitel. Die materiellen Voraussetzungen der Anfechtung (die Anfechtbarkeit) 12
§ 3. Dispositon 12
§ 4. Der Schaden der Gläubiger 13
Allgemeines 13
I. Der erforderliche Zustand des schuldnerischen Vermögens 14
Ueberschuldung, nicht Zahlungsunfähigkeit 14
Was muß überschuldet sein? 15
II. Einwirkung dieses Zustands auf die Konkursforderungen 17
Erfüllungsverzug genügt nicht 17
Verminderung des Nennwerths oder des ökonomischen Werths? 18
a) Nothwendigkeit der Existenz der Forderungen zur Zeit der anfechtbaren Handlung 19
Ausnahme und ihr Sinn 20
b) Unanfechtbarkeit des Verzichts auf Erwerbungen 21
III. Wann gilt der Schaden als eingetreten? 24
§ 5. Das Verfahren des Schuldners 27
Der Schuldner muß thätig geworden sein 27
Seine Thätigkeit muß die Ursache des Schadens sein 27
Folgerung für die Beweislast 29
Art und Zeit der anfechtbaren Handlungen 29
§ 6. Die Identität des Vermögens (Eadem bona) 30

Seite

§ 7. Der Benachtheiligungswille des Schuldners 34
I. Es ist Vorsatz erforderlich und ausreichend 34
Culpa lata in der Regel ungenügend 34
Bezweckt braucht der Schuldner den Schaden nicht zu haben . . 35
II. Inhalt des Benachtheiligungswillens 36
1) Im Allgemeinen: Der Wille ist Benachtheiligungswille; der Wille, Ueberschuldung herbeizuführen, genügt nicht 37
Ausschluß der Anfechtbarkeit bei Hoffnung des Schuldners auf guten Erfolg 38
2) Insbesondre: Der Benachtheiligungswille braucht sich nicht auf bestimmte Gläubiger oder Forderungen zu richten (l. 10 § 1 D. h. t.) 40
III. Die rechtliche Bedeutung des Benachtheiligungswillens 44
1) Subjektiver Kausalzusammenhang 44
2) Die Rechtswidrigkeit des Benachtheiligungswillens 46
Unanfechtbarkeit der Zahlung 47
Zahlung auf befristete, bedingte, natürliche Verbindlichkeiten 54
Hingabe an Zahlungsstatt 55
Pfandbestellung 56

§ 8. Scientia fraudis 57
I. Ursprung 57
II. Inhalt (Kenntniß der einzelnen fraglichen Gläubiger unnöthig) . 58
III. Rechtliche Bedeutung der scientia fraudis 60
Ist die actio Pauliana immer Deliktsklage? 60
Kausalität der scientia fraudis 64
Zeit der scientia fraudis 64
IV. Ausnahmsweise Entbehrlichkeit der scientia fraudis 65
Die einzelnen Fälle 65
Die Anfechtung lukrativer Geschäfte insbesondre 65
a) Nicht jedes vortheilhafte Geschäft ist lukrativ 66
b) Sinn der Entbehrlichkeit der scientia fraudis 66
c) Konsequenzen 68
α) Die Schenkung ist nicht allein lukrativ 68
β) Die thatsächlichen Verhältnisse sind gleichgültig . . 68
Die datio in solutum nie lukrativ 68
Wie mit der Pfandbestellung? 69

III. Kapitel. 71
§ 9. Prozessuale Geltendmachung der Anfechtbarkeit 71
I. Prozessuale Voraussetzung: Immission 71
II. Form der Geltendmachung 73
III. Die Personen des Anfechtungsprozesses 73
1) Der Kläger 73
2) Der Beklagte 75

Seite

Insbesondre der Sondernachfolger des ursprünglichen Anfechtungsgegners? 76

IV. Kapitel. Der Erfolg der Anfechtung 78
§ 10. Mögliche Fälle 78
§ 11. Die Haftung ex delicto 78
Im Allgemeinen 78
I. Inhalt der Hauptforderung 80
Insbesondre bei Anfechtung einer verfrühten Zahlung 80
II. Früchte und Zinsen 82
Kein Widerspruch in den Quellen 82
III. Die Vertheidigungsmittel des Beklagten 90
Gegenanspruch wegen Verwendungen 91
Rückforderung seiner Gegenleistung 91
§ 12. Die Haftung quasi ex contractu 95
§ 13. Die Haftung auf die Bereicherung 96
§ 14. Die Einrede der Verjährung 96

II. Theil. Die Anfechtung nach der Reichs-Konkurs-Ordnung.

Erster Abschnitt. Die materiellen Voraussetzungen.

V. Kapitel. Die Anfechtung wegen absichtlicher Benachtheiligung der Gläubiger 98
§ 15. Vorbemerkung. Disposition 98
§ 16. Der Schaden der Gläubiger 99
I. Nachweis der Nothwendigkeit desselben 99
II. Der erforderliche Zustand des schuldnerischen Vermögens 101
III. Einwirkung dieses Zustands auf die Konkursforderungen 110
Abweichung vom gemeinen Recht 110
Gleichwohl ist Ausschlagung von Erwerbungen unanfechtbar . . 111
IV. Zeitpunkt des Eintritts des Schadens 113
§ 17. Die Rechtshandlung des Schuldners 114
I. Der Schuldner muß thätig geworden sein. Insbesondre vom § 28 der K. O. 114
II. Objektiver Kausalzusammenhang 115
III. Die Rechtshandlung selbst 115
Anfechtbarkeit der Unterlassungen? 116
§ 18. Der Benachtheiligungswille des Schuldners 121
I. Begriff 121
Culpa lata genügt nicht 121
Muß der Schaden Willensinhalt oder Zweck sein? 122
II. Inhalt 126
III. Rechtliche Bedeutung 126
1) Subjektiver Kausalzusammenhang 127

Seite

2) Rechtswidrigkeit 129
Ist die Zahlung anfechtbar? 129
§ 19. Die Kenntniß des Benachtheiligungswillens 138
§ 20. Rechtsvermuthungen 138
I. Inhalt 139
§ 24 no. 2 der K. O. 139
§ 23 no. 2 der K. O. 142
II. Rechtliche Bedeutung 143
Insbesondre Auslegung von K. O. § 26 144

VI. Kapitel. Die Anfechtbarkeit des § 23 no. 1 der K. O. . 147
§ 21. Einleitung. Legislativer Grundgedanke. Rechtsgeschichtliches. Dispositon. 147
§ 22. Der Schaden der Gläubiger 153
§ 23. Die hoffnungslose Lage des Schuldners 154
§ 24. Die Rechtshandlung 154
I. Im Allgemeinen. Vergleich mit § 24 no. 1 154
Muß der Gemeinschuldner sie vorgenommen haben? 156
II. Insbesondre von der Anfechtbarkeit der Zahlung. Wechselzahlungen 158
§ 25. Die Verminderung der Aktiven („durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden"). 160
I. Sinn dieser Klausel 160
II. Einzelne Fälle 166
Insbesondre von der Anfechtung zusammengesetzter Geschäfte . 167
III. Bedeutung des Gesagten für den Schlußsatz von § 23 no. 1 . . . 170
§ 26. Kenntniß des Anfechtungsgegners 172
I. Inhalt 173
Ist Kenntniß der im vorigen § behandelten Voraussetzung nöthig? 173
II. Rechtliche Bedeutung 175
Sie macht diese Anfechtungsklage zur Deliktsklage 176
Sie ist Voraussetzung dieser Anfechtungsklage 178
Läßt sich die letztere auf den sogenannten „Konkursanspruch" stützen? 179
§ 27. Rechtsvermuthungen 182
Insbesondre Bedeutung derselben für einzelne Handlungen (verfrühte Erfüllung, Erfüllung einer Naturalobligation, Bezahlung in Handelspapieren, Kompensationsvertrag, Novation, Rückgängigmachung eines Vertrags, Pfandbestellung, Vollstreckung, Arrestanlage) 183

§ 28. VII. Kapitel. Anfechtbarkeit unentgeltlicher Verfügungen 188

Seite

§ 29. VIII. Kapitel. Anfechtbarkeit der Sicherstellung oder verfrühten Rückgewähr eines Heirathsguts ꝛc. . . 192
I. Legislativer Grund 193
II. Der sichergestellte oder befriedigte Anspruch. 193
Insbesondre: Wem muß er zugestanden haben? 194
III. Die anfechtbare Handlung 195
a) Wer muß sie vorgenommen haben? 195
b) Die Rückgewähr eines gesicherten Heirathsguts 197
IV. Zeitbeschränkung und ihr Sinn 200

Zweiter Abschnitt.

IX. Kapitel. Die prozessuale Geltendmachung der Anfechtbarkeit 201
§ 30. Die prozessualen Voraussetzungen der Anfechtung 201
Wann ist gemäß der K. O., wann nach dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 anzufechten? 202
§ 31. Die Personen des Anfechtungsprozesses 204
I. Der Anfechtende 204
Wen vertritt der Konkursverwalter bei der Anfechtung? . . . 204
II. Der Anfechtungsgegner 206
§ 32. Die Form der Geltendmachung der Anfechtbarkeit. 208
Verhältniß der Einrede der Anfechtbarkeit zu der Regel: Exceptiones ex jure tertii non sunt attendendae? 209
(Wen vertritt der Konkursverwalter im Allgemeinen? Die römische Konstruktion des Konkursrechts und die moderne Theorie vom Konkursanspruch; Unhaltbarkeit der letzteren) 210
Replik der Anfechtbarkeit? 221

Dritter Abschnitt.

X. Kapitel. Die Wirkung der Anfechtung 221
§ 33. Die Wirkung der Anfechtung im Allgemeinen 221
I. Betreffs der Konkursmasse 222
II. Betreffs der angefochtenen Handlung 224
§ 34. Die Haftung des Anfechtungsgegners ex delicto 228
§ 35. Die Haftung quasi ex contractu 232
§ 36. Die Vertheidigungsmittel des Anfechtungsgegners. 235
Gegenanspruch wegen Verwendungen 235
Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung 235
Einrede der Verjährung. 240

Abkürzungen.

Bachofen bezeichnet dessen „Das römische Pfandrecht."

B. G. B. bezeichnet das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

v. Canstein = v. Canstein's Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse in Grünhut's Zeitschr. IX, 3. Heft, S. 461 flg.

Dabelow bezeichnet dessen „Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger."

Dernburg bezeichnet im I. Theile dessen „Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts".

Dernburg bezeichnet im II. Theile dessen „Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs," II. Bd. 2. Aufl.

Fischer bezeichnet dessen „Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung."

Fitting = Fitting, das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren.

Francke XVI = Francke, Ueber die Zulässigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt, im Archiv f. d. civil. Praxis XVI, S. 125—142, S. 252—270.

Francke LXII = Francke, Verkürzte Gläubiger und spätere Besitzer der Verkürzungs halber veräußerten Sachen, im Archiv f. d. civil. Praxis LXII, S. 468 flg.

Fuchs = Fuchs, Deutscher Konkursprozeß.

Günther bezeichnet dessen Abhandlung in Weiske's Rechtslexikon Bd. II, S. 779—787.

Hartmann = Hartmann, Gesetz, betreffend die Anfechtungen von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl.

Hasenbalg = Hasenbalg, Zur Lehre von der actio Pauliana.

Huschke XIV = Huschke, »Publius Rutilius Rufus oder A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium«, in Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß N. F. XIV, S. 1—129.

Huschke IX = Huschke, „Ueber die Rutilische Konkursordnung und das fraudatorische Interdikt, Zeitschr. für Rechtsgeschichte, Bd. IX, S. 329—366.

Holzschuher = Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts.

Jäckel = Jäckel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses.

Korn = Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und außer dem Konkurse.

Kranichfeld = Kranichfeld, Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, erläutert.

Krische = Krische, Die Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen nach gemeinem, sächsischem und deutschem Reichsrechte, in Wengler's Archiv für civilrechtliche Entscheidungen, 1881, S. 581 flg.

Laspeyres = Laspeyres, Ueber Anfechtung von Zahlungen mittelst der actio Pauliana, im Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd. XXI, S. 35—100.

Mandry = Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze.

Mankiewicz = Mankiewicz, Beiträge zur Lehre von der actio Pauliana, Halle (ohne Jahreszahl).

Motive oder Motive I = Motive zum Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung, Berlin, R. v. Decker, 1873.

Motive II = Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung (citirt nach den Originalseitenzahlen, wie sie in den Hahn'schen Materialien am Rande angegeben sind).

Otto = Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheil seiner Gläubiger vornimmt, nach gemeinem, sächsischem und deutschem Reichsrechte.

Protokolle = Die Protokolle der Reichstagskommission, welche zur Vorberathung der Konkursordnung gewählt worden ist.

Reinhardt = Reinhardt, Vermischte Aufsätze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissenschaft, 2. Heft, S. 108 flg.

Reinhart = Reinhart, „Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger."

Rudorff VIII = Rudorff, Ueber die Rutilische Konkursordnung und das fraudatorische Interdikt, Zeitschr. für Rechtsgeschichte VIII, S. 62—99.

Schönemann = Schönemann, „Die Paulianische Klage wegen Veräußerung zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger."

Schultze = Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen.

Schweppe = Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger, 3. Aufl.

v. Schröter = v. Schröter, Ueber Wesen und Umfang der in integrum restitutio, Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. VI, S. 91—175.

Sintenis = Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht.

Struckmann = Struckmann, Ueber die Anfechtbarkeit der datio in solutum mittelst der actio Pauliana, im Jahrb. f. Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. XII, S. 277—312.

Voigt = Voigt, Ueber die condictiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen.

Die Pandektenlehrbücher von Windscheid (4. Aufl.), Bangerow (1. Aufl. III. Bd. § 697), Brinz (§ 123) und Arndts (5. Aufl.), sowie Unterholzner's Schuldverhältnisse, endlich die Kommentare zur Konkursordnung von Hullmann, v. Sarwey, v. Völderndorff, Wengler, v. Wilmowski

sind mit dem Namen der Verfasser, die Präjudiciensammlungen von Seuffert (Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland) und Striethorst (Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Kgl. Obertribunals gelangt sind) mit „Seuff." bezw. „Striethorst", die Entscheidungen des Reichs- (oder Bundes-) oberhandelsgerichts und des Reichsgerichts mit R. O. H. G. und R. G. citirt.

Einleitung.

§ 1. Die Theilung der Privatrechte in dingliche und persönliche in dem Sinne, daß allein die ersteren ihrem Subjekt den Genuß von Sachgütern unmittelbar einräumen, während die letzteren dasselbe Ziel vermöge einer Leistung erreichen, die von einem verpflichteten, aber freien Willen zu bewirken ist, würde in demselben Augenblicke, in dem sie consequent durchgeführt wäre, aufhören, eine Eintheilung von Rechten zu sein; denn dem Rechte, als der äußeren Ordnung des menschlichen Zusammenseins, ist der Zwang wesentlich. So wird denn nicht allein zur Durchsetzung des dinglichen Anspruchs die Vollstreckung gewährt, sondern auch zur Verwirklichung des persönlichen; und der Schuldner kann dem drohenden Zwange nicht dadurch vorbeugen, daß er sich des Gegenstandes, den er leisten sollte, entäußert: Die ursprüngliche Obligation verwandelt sich dann in die Verpflichtung, dem Gläubiger das Interesse zu gewähren, und die Erfüllung auch dieser Forderung wird erzwungen.

Ist damit dem Berechtigten immer geholfen? Was geschieht, wenn des Schuldners ganze Habe zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht ausreicht? Der dinglich Berechtigte nimmt dann seine Sache, wo er sie findet; was thut aber derjenige, dem nur ein persönlicher Anspruch zusteht?

Vielleicht hat er sich vorher gesichert; er hat sich Bürgen stellen oder Pfänder geben lassen. Wie steht es aber, wenn die Umstände, welche dem Personalcredit den Vorzug [1]) vor dem Realcredit verschaffen, dies unthunlich gemacht haben? Wie namentlich dann, wenn unter solchen Verhältnissen der einstige Geschäftsfreund ein untreuer Schuldner wird, der beim Eintritt von Unglücksfällen das zur Befriedigung

1) Vergl. Roscher, System der Volkswirthschaft, Bd. I, § 89, Abs. 1.

derer, die ihm persönliches Vertrauen geschenkt haben, zunächst noch ausreichende Vermögen verspeculirt oder verjubelt oder, weil er lieber sich und den Seinigen als seinen Gläubigern den Genuß gönnt, an Verwandte verschenkt? Hier zeigt sich, daß das System des Privatrechts eine Gefahr enthält, zu deren Abwendung besondere Mittel erforderlich sind.

Zwar gilt dies nicht von allen Stufen der volkswirthschaftlichen Entwicklung in demselben Maße; das Recht hat Zeiten gehabt, in denen der gedachten Gefahr nicht vorgebeugt war. Sobald aber mit dem Emporblühen der Volkswirthschaft plötzliche Verschlechterungen in der Vermögenslage Einzelner häufig und wegen des ausgebreiteten Creditverkehrs für Andere bedrohlich[2]) zu werden anfangen, muß sich das Bedürfniß nach Abhülfe dringend bemerkbar machen.

Freilich wirken diesem Bedürfnisse anderweite Interessen entgegen; Interessen nicht nur des Schuldners selbst, sondern auch derer, die von ihm erworben haben, ja sogar des ganzen Verkehrs.

Dem in Ueberschuldung Gerathenen würde der Weg abgeschnitten werden, auf dem er sich wieder emporarbeiten könnte, wenn man alle seine Rechtshandlungen für unwirksam erklärte; gleichzeitig ginge tüchtigen, geschäftskundigen Anfängern die Füglichkeit verloren, durch das Gewicht ihres persönlichen Credits den Mangel an Capitalien auszugleichen und so, im Zustand der Ueberschuldung ihre wirthschaftliche Selbständigkeit beginnend, sich allmählich eine gesicherte Stellung zu erringen. Weiter würde man, wenn man die Geschäftsgenossen eines Ueberschuldeten Anfechtungsklagen aussetzen wollte, die sie nicht hätten voraussehen können, nicht selten dem Umfang ihres Geschäftsbetriebs, ihres gewohnten Aufwands plötzlich die Grundlage entziehen, auf deren Dauerhaftigkeit sie rechneten und rechnen durften, und dadurch leicht sie selbst in den Konkurs stürzen. Endlich leidet der Verkehr unter der mit einer Anfechtbarkeit gewisser Erwerbungen unvermeidlich gegebenen Unsicherheit in der Vermögenslage Einzelner in jedem Falle und verlangt mindestens die Rücksicht, daß ein solcher Zustand nicht allzu lange andauere und nicht allzu schwer erkennbar sei.

Es besteht demnach hier ein Widerstreit von Interessen und zwar von wichtigen Interessen; die Frage, wie das geltende Recht ihn ver-

---

2) Vergl. Roscher a. a. O. § 89, Abs. 2, § 196 a. E.

mittelt, muß eine für den praktischen Juristen sehr schwer wiegende sein.

Indeß nicht für den praktischen Juristen allein ist diese Frage von Bedeutung. Das geltende Recht ist hier, wie auf so vielen, ja fast allen Gebieten, das Ergebniß einer Entwicklung, die Jahrtausende durchlaufen hat; ein Verständniß dieses Rechts kann also ohne Kenntniß dieser Entwicklung nicht erlangt werden. Somit würde eine Untersuchung über den angedeuteten Gegenstand in reichem Maße das Interesse gewähren, welches wir an der Betrachtung des Werdens und Vergehens finden; sie gewährt aber außerdem, wie sich zeigen wird, vermöge der Fülle der hierher gehörigen dogmatischen Fragen die Befriedigung, welche dem Geiste durch die Selbstthätigkeit des schlußfolgernden Denkens verschafft zu werden pflegt.

Unter diesen Umständen ist es natürlich, daß die Untersuchung jenes Gegenstandes bereits vielfach unternommen worden ist. Wenn sie gleichwohl im Folgenden nochmals unternommen wird, so hat freilich derjenige, der diesen Versuch wagt, dafür keine andere Entschuldigung, als seine Hoffnung, daß derselbe wenigstens nicht ganz ergebnißlos sein werde.

In den Bereich der folgenden Darstellung soll übrigens die Antwort, welche das Recht auf die oben angedeuteten Fragen giebt, nicht in ihrem ganzen Umfange gezogen werden, sondern nur soweit sie in das Gebiet des Konkursrechts gehört; nur insofern zu dieses Theiles Verständniß es nöthig ist, wird auch der andere, das Recht der Anfechtung außerhalb des Konkurses, behandelt werden müssen.

I. Theil.

Das gemeine Recht.

1. Kapitel.

Rechtsgeschichtliches.

§ 2. Wir beginnen mit der Darstellung des römischen Rechts. Wenn hierbei auf die wichtigen Hülfsmittel des Verständnisses, welche aus einer Erörterung der einschlagenden rein rechtsgeschichtlichen Fragen zu gewinnen sind, nicht verzichtet werden kann, so wird es doch im

Hinblick auf die vorwiegend dogmatische Richtung dieser Arbeit gestattet sein, nur das Hauptsächlichste zu berühren.

Vornehmlich zwei rechtsgeschichtliche, mit einander eng verbundene, Fragen sind hier von jeher[1] Gegenstand der Forschung und des wissenschaftlichen Streites gewesen: Welche systematische Stellung das Rechtsmittel der l. 1 p. D. h. t., die sogenannte actio Pauliana, anfänglich gehabt habe; und welche dem Zwecke nach verwandte Rechtsmittel gleichzeitig bestanden hätten.

Neuerdings insbesondere hat Huschke[2] behauptet, die actio Pauliana sei eine actio in rem universalis, also ähnlich der Erbschaftsklage; daneben habe es einmal das l. 10 p. D. h. t. im Wortlaut erhaltene interdictum fraudatorium und sodann eine davon nur wenig verschiedene personalis actio in factum gegeben. Dieser Auffassung ist auch Brinz[3], wenigstens im Wesentlichen, beigetreten.

Die Rudorff'sche Ansicht[4] kann, als von Huschke[5] glänzend widerlegt, auf sich beruhen bleiben.

Schrader[6] und Voigt[7] meinen, die actio Pauliana sei eine actio ficticia: Es werde dem Kläger das Rechtsmittel gewährt, welches der Schuldner selbst haben würde, wenn er die anzufechtende Veräußerung nicht vorgenommen hätte; die Wirkung dieser Veräußerung werde durch eine in die Formel aufgenommene Fiction beseitigt; so erkläre sich, weshalb die Anfechtungsklage in den Quellen bald als dingliche, bald als persönliche erscheine. Neben ihr kennt Voigt noch das interdictum fraudatorium und eine aus diesem ohne besonderes Edikt hervorgegangene actio in factum[8].

Von der herrschenden Meinung dagegen wird die actio Pauliana als personalis actio in factum angesehen; als ähnliche Rechtsmittel führt man das interdictum fraudatorium auf und eine in integrum

---

1) Mankiewicz S. 7 flg., S. 27 flg. giebt Dogmengeschichtliches.
2) Huschke XIV, S. 1 flg.; IX, S. 329 flg.
3) Lehrbuch § 123.
4) Zeitschr. f. R.-Gesch. VIII, S. 62 flg.
5) IX, S. 329 flg.
6) Corpus juris civilis tom. I, S. 640.
7) Condictiones ob causam S. 785 flg. — Vergl. Dabelow S. 405 flg.
8) a. a. O. Anm. 744.

restitutio gegen Veräußerungen, die nach der Konkurseröffnung erfolgt sind [9]).

Die Verfechter einer jeden von diesen Meinungen haben die Frage für wichtig gehalten, ob in § 6 I. de actionibus IV, 6 die Worte: ». . bonis ejus a creditoribus ex sententia Praesidis possessis« zum Vorhergehenden zu ziehen seien oder zu dem nachstehenden Hauptsatz [10]). Sprachlich hat man allgemein beides für zulässig erklärt; und doch ist nur das Letztere möglich. Denn gehörten jene Worte zu dem voranstehenden Conditionalsatz, so müßte mindestens — wenn nicht ihr Verfasser auf jedes Pronomen zu verzichten vorgezogen hätte — gesagt sein: bonis suis a creditoribus . . possessis; denn im Nebensatz ist der Schuldner Subjekt; es müßte also, wenn die ablativi absoluti zu diesem gehörten, in ihnen das pronomen reflexivum, nicht das demonstrativum stehen.

Leider wird durch diese sprachliche Auseinandersetzung die Hauptsache nicht einfacher. Wer immer bisher jene Worte zum Hauptsatz bezogen hat, von dem ist die Stelle auch als auf die actio Pauliana gehend angesehen worden, und nicht blos dem Theophilus [11]) zu Liebe [12]). Gleichwohl zählt Paulus dieses Rechtsmittel, das dann nach dem Zusammenhang, in dem die gedachte Institutionenstelle steht [13]), in den Institutionen als actio in rem gekennzeichnet wäre, in l. 38 § 4 D. de usuris XXII, 1 als persönliche Klage auf [14]). Huschke

9) Windscheid § 463 Note 1 und 15; § 116 Note 2; v. Schröter VI, S. 141 flg.; Reinhart, insbesondere im ersten Theil seiner Schrift; Francke LXII. S. 476.

10) Die Stelle lautet: Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia Praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere, eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.

11) Welcher in der Paraphrase ad h. l. die Stelle ausdrücklich auf die actio Pauliana deutet.

12) Die inneren Gründe bei Note 19.

13) Vergl. den fraglichen Institutionentitel.

14) l. 38 p. D. cit.: Videamus generaliter quando in actione, quae est in personam, etiam fructus veniant? Nun handeln §§ 1—3 eod. von der Fruchtprästation bei condictiones, dann heißt es in § 4: In Faviana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur. Nam Praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset; quod non est iniquum,

bestreitet dies zwar und behauptet, Paulus erwähne die Pauliana nur nebenbei, um sofort auf das Interdikt der l. 10 p. D. h. t. überzugehen, auf welch letzteres es ihm allein ankomme[15]; derselbe Huschke aber sagt anderswo[16]: In l. 38 § 4 cit. „schließe Paulus in vernünftiger Weise und in vernünftigem Latein von dem Recht des Interdikts auf das der Pauliana." Also wird das Interdikt nur als Beweismittel herangezogen? Einverstanden[17]!

Wie soll man den Widerspruch lösen? Soll man mit der herrschenden Meinung die Institutionenstelle von einer in integrum restitutio verstehen, die neben der a. P. bestanden habe? Oder hat es eine dingliche und eine persönliche actio Pauliana gegeben? Oder eine, die bald dinglich war, bald persönlich? Offenbar ist eine Beseitigung des Widerspruchs nicht anders möglich, als auf einem dieser drei Wege; indeß keiner von ihnen führt zum Ziele.

Die Institutionen von einem Wiedereinsetzungsfall erzählen zu lassen, der sonst im Corpus juris nicht erwähnt ist, wäre selbst dann bedenklich[18], wenn es sich nach der herrschenden Meinung um Wiedereinsetzung nur gegen nach der missio in bona bewirkte Veräußerungen handelte; eine Wiedereinsetzung aber anzunehmen, die gegen jede, wann auch immer geschehene Veräußerung dinglicher Rechte statthaft sei[19], und zwar unter leichteren Voraussetzungen, als die actio Pauliana, insbesondere ohne daß conscientia fraudis in der Person des Beklagten erforderlich wäre[20], scheint mir unmöglich; ein so einschneidendes, praktisch so wichtiges Rechtsmittel müßte in den Pandekten ausführlich behandelt sein; und sollte Theophilus ein Gesetz, was er

nam et verbum »restituas« — das Stichwort des interdictum fraudatorium — quod in hac re Praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.

15) Huschke XIV, S. 51.

16) Huschke IX, S. 349, Anm. 36 a. E.

17) Gegen Huschke auch Reinhart S. 15, S. 24.

18) Vergl. Czyhlarz in Krit. V. J. Schr. XV, S. 84.

19) Welche Annahme aus dem oben angegebenen grammatischen Grunde mir unumgänglich scheinen würde.

20) Otto S. 7 hilft sich über dieses Bedenken dadurch, daß er conscientia fraudis als „selbstverständlich" fordert, obwohl in der Stelle kein Wort davon steht. Dies ist nur ein neuer Beweis dafür, wie wenig die Annahme, daß die Institutionen von etwas Anderem reden als von der a. P., es verträgt, daß man mit ihr Ernst macht.

mit verfaßt hatte (l. 2 § 11 C. de vet. j. enucl. I, 17), so wenig verstanden haben, daß er ein praktisch so wirksames, nothwendig allgemein bekanntes Rechtsmittel nicht von der nothwendig ebenso allgemein bekannten actio Pauliana hätte unterscheiden können?

Was den zweiten der oben angegebenen drei denkbaren Auswege anlangt, so wird eine dingliche und eine persönliche Klage, jede an andere Voraussetzungen gebunden, von Huschke angenommen; und Brinz[21]) ist geneigt, beide als paulianisch zu bezeichnen. Da nun aber in l. 1 § 2 D. h. t. als Gegenstand der actio Pauliana — und zwar derjenigen der l. 1 p. D. h. t., also der angeblich dinglichen Klage — Liberationen aufgeführt werden, so müßte man, wenn man dieser Meinung folgen wollte, mit ihren Vertretern auch weiter annehmen, daß es sich um eine actio in rem universalis handelt.

Wie dies näher zu denken, darüber sind jene beiden selbst verschiedener Ansicht. Brinz[22]) bestreitet Huschke's Aufstellung, daß die immittirten Gläubiger domini loco würden; jedoch sei jene petitio als actio de universitate deshalb möglich, weil die Gläubiger, wenn auch nur rei servandae causae immittirt[23]), doch zur Bewachung des ganzen schuldnerischen Vermögens berufen seien.

Indeß wurden erstens zur Zeit der Aufstellung des fraglichen Edikts die Gläubiger nur in die dem Schuldner gehörigen körperlichen Sachen[24]) eingewiesen, und zweitens war ihre Stellung auch deshalb nicht universeller Natur, weil sie erst mit der Besitzergreifung[25]) wirksam ward: Besitz an einem Vermögen ist unmöglich (Windscheid, § 152, Note 3). Eher wäre es zulässig, die mit der Immission gewährte Verkaufsbefugniß heranzuziehen, denn diese ergriff das ganze Vermögen (G. III, 81); es giebt jedoch einen, später zu erwähnenden, Umstand, welcher jede actio de universitate undenkbar macht.

---

21) Krit. V. J. Schrft. XV, S. 87; a. M. Reinhart S. 19; für doppelte Verwendung des Namens auch Francke LXII, S. 476 (aber in anderer Weise).

22) Lehrbuch § 123.

23) Dies ist an sich gewiß richtig; vergl. von Bethmann-Hollweg, Röm. Civ. Pr. II, § 114 bei Note 42—45.

24) arg. l. 1 C. de praet. pign. VIII, 22; vergl. auch l. 10 D. ut in poss. leg. 36, 4. — Dernburg, Pfandrecht I, S. 400—403; Bachofen, Pfandrecht S. 466.

25) l. 26 §. 1 D. de pign. act. XIII, 7; Bachofen, a. a. O. S. 464.

Huſchke's Meinung ferner iſt zuvörderſt nicht etwa die, daß die immittirten Gläubiger Univerſalſucceſſoren des Schuldners ſeien [26]). Er giebt als Grundgedanken der actio Pauliana an: „daß die zum Nachtheil der Gläubiger gemißbrauchte Dispoſitionsbefugniß des Schuldners über ſein Vermögen auf die Gläubiger kraft ihres Rechts aus der missio in bona zu ihren Gunſten übergehen ſolle“ [27]). Alſo nicht die Dispoſitionsbefugniß des Schuldners überhaupt, ſondern nur deſſen gemißbrauchte Dispoſitionsbefugniß ſollen die immittirten Gläubiger erwerben; ſie ſollen ex titulo universali berechtigt ſein, aber nur betreffs des einzelnen fraudulos veräußerten Vermögensſtücks.

Eine nicht eben einfache Conſtruction! Und eine, deren praktiſchen Nutzen zu erkennen nicht leicht fällt. Wenn man aber annehmen will, daß L. Aemilius Paulus, oder wer immer der Urheber des fraglichen Edikts geweſen iſt, eine Vorliebe für juriſtiſche Abſonderlichkeiten hatte, ſo wird ſich, was den univerſellen Titel des Klagberechtigten angeht, von vorn herein [28]) nicht viel dagegen ſagen laſſen.

Zu einer actio de universitate gehört aber mehr: Beſitzt der mit der Pauliana zu Beklagende — er habe z. B. vom Schuldner gekauft — in ähnlicher Weiſe wie der Erbſchaftsbeklagte? Läßt ſich des erſteren Stellung mit der eines possessor pro herede oder eines possessor pro possessore vergleichen? Huſchke bejaht dies; der Erwerber beſitze das Veräußerte „den Gläubigern gegenüber als zu des Schuldners universitas gehörig“ [29]). Was ſoll das aber bedeuten? Nichtig iſt ein in fraudem creditorum geſchloſſenes Geſchäft nicht [30]); und auch der unredliche Käufer, ſofern er nicht nichtig gekauft hat, beſitzt als Käufer [31]).

---

26) Huſchke IX, S. 366.

27) Huſchke XIV, S. 54.

28) Die Entkräftung deſſen, was Huſchke aus den Quellen für ſeine Meinung beigebracht hat, ſ. bei Reinhart. — Auch vergl. gegen Huſchke noch unten § 11 bei und in Note 265.

29) Huſchke XIV, S. 58. — „Den Gläubigern gegenüber!“ Auf das Verhältniß zum Gegner kommt es bei Beurtheilung des titulus possidendi nicht an; jeder, der eine Erbſchaftsſache, aus welchem Titel es auch ſei, beſitzt, beſitzt ſie „dem Erben gegenüber“ als zur Erbſchaft gehörig; denn ſonſt könnte dieſer ſie auch mit einer zur Erbſchaft gehörigen Singularklage nicht einfordern.

30) l. 26 D. de contr. emt. XVIII, 1; l. 9 l. 22 D. h. t.

31) l. 2 § 1 D. pro emtore 41, 4; l. 13 § 8 D. de hered. pet. V, 3. An-

Hiernach ergiebt sich, daß die vorerwähnte Meinung von Brinz auch durch Berufung auf die universelle Verkaufsbefugniß der Gläubiger nicht unterstützt werden könnte; an der Stellung des Beklagten ändert diese nichts.

Wird uns der letzte der allein möglichen Auswege, die Ansicht von Schrader und Voigt, weiter helfen? Ich fürchte, nein. Wenn den Gläubigern durch Hinwegfingiren von Veräußerungen Rechtsmittel des Schuldners hätten verschafft werden können, so müßten sie dieselben natürlich auch dann gehabt haben, wenn jene Veräußerungen in Wahrheit nicht geschehen wären. Dies war aber im classischen Recht nicht der Fall [32]).

So bliebe nur übrig, den Widerspruch zwischen § 6 I. de action. IV, 6 und l. 38 § 4 D. de usur. XXII, 1 als vorhanden anzuerkennen. Was die Bedeutung desselben betrifft, so braucht kaum gesagt zu werden, daß für die rechtsgeschichtliche Beurtheilung die Autorität des Paulus schwerer wiegt als die der Institutionen.

Wie ist aber der Irrthum in die Institutionen gekommen?

Zunächst ist es recht gut möglich [33]), daß die formula Pauliana folgende — oder, je nach Lage des Falles, entsprechende — Worte enthielt: Si res, d. q. a., ... tradita non esset, tum si in bonis debitoris mansisset; aber nicht im Sinne einer Fiction, sondern im Sinne einer gewöhnlichen Bedingung, nämlich um den judex auf Untersuchung des Causalzusammenhangs zwischen dem angefochtenen Geschäft und der behaupteten Beschädigung der Gläubiger hinzuweisen [34]); also um einem zur Begründung der actio in factum erforderlichen Umstand die nöthige Beachtung gerade zu verschaffen, nicht um die Berücksichtigung einer Thatsache, welche actiones in jus conceptae an sich ausschloß, dem judex zu verbieten [35]).

---

ders freilich im Fall eines nichtigen Geschäfts: l. 13 § 1 D. de hered. pet. V, 3.

32) Vergl. oben Note 24.

33) § 6 I. de act. IV, 6; Theophilus ad h. l.; Huschke, Schrader, Voigt a. a. a. O. O.; auch Reinhart S. 79.

34) Welcher z. B. gefehlt hätte, wenn vom Schuldner rechtswidrig eine fremde Sache veräußert worden wäre.

35) Ueber den Unterschied zwischen a. in factum und actio ficticia s. Voigt a. a. O. S. 789; v. Keller, Röm. Civ. Pr. S. 138, 147 flg.

Hiernach erwäge man, daß die Rechtsmittel des Schuldners, wenn auch nicht den eingewiesenen Gläubigern, so doch einem in Folge der Immission etwa eingesetzten curator bonorum zustanden [36]; daß die Bestellung eines solchen in der späteren Kaiserzeit wegen der Verlängerung des Konkursverfahrens, welche mit der Verdrängung der venditio bonorum durch die bonorum distractio gegeben war [37], wahrscheinlich in fast jedem Konkurse stattfand [38]; und daß also für die Verfasser der Institutionen der Gebrauch der a. P. seitens einer Person, welche das Recht zur Benutzung der actiones des Schuldners hatte, der alltäglichste Fall war. Wenn sie nun in der alten formula Pauliana gerade die Veräußerung, welche den curator bonorum an der Verwendung von Rechtsmitteln des Schuldners hinderte, in einem negativen Conditionalsatz erwähnt fanden, lag ihnen da der Gedanke an eine actio ficticia nicht außerordentlich nahe? Diese große Gefahr der Verwechslung wurde noch erheblich dadurch verstärkt, daß die a. P. eine actio arbitraria war [39].

Man sieht, man kann hier den Compilatoren Justinians ein Versehen schon zutrauen, ohne sie für grobe Ignoranten zu halten; ihr Fehler ist genau derselbe, wie derjenige eines modernen Schriftstellers [40], welcher vom Standpunkt des Anfechtungsrechts der Reichs-Konkurs-Ordnung aus die Klage auf Anerkennung der Anfechtbarkeit und die Klage auf Rückgabe des Veräußerten als judicium rescindens und judicium rescissorium unterscheidet.

Das Ergebniß der vorstehenden Erwägungen ist, daß im classischen römischen Recht die actio Pauliana eine actio in factum war, und daß es neben ihr weder eine in integrum restitutio noch, wie sich von selbst versteht, eine zweite actio in factum gegeben hat, sondern nur noch das interdictum fraudatorium.

Das Verhältniß dieser beiden Rechtsmittel anlangend, so lag

---

36) l. 2 § 1 D. de cur. bon. dando 42, 7; l. 14 p. D. de rebus auct. judic. 42, 5.

37) Hereinziehung des Liquidations- und Prioritätsverfahrens!

38) Vergl. hierzu und zur vorigen Note von Bethmann-Hollweg, Röm. Civ. Pr. III, S. 315—325.

39) l. 8 l. 10 § 20 D. h. t.; Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patrons S. 117; v. Schröter a. a. O. S. 133.

40) Fuchs, Deutscher Konkursprozeß, S. 54, § 10, bei Note 8 und 9. Gegen ihn auch Mandry, Civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze, S. 385 Note 19.

selbstverständlich ein Hauptunterschied in ihrer — entsprechend dem Gegensatz zwischen gewöhnlichem Prozeß und Interdiktenverfahren — verschiedenen prozessualen Behandlung. Außerdem[41]) waren die Voraussetzungen des Interdikts darin strenger als die der a. P., daß in jenem auch Identität des Vermögens, welches den Gegenstand der Immission bildete, mit dem, aus welchem veräußert worden war, gefordert wurde[42]): die Worte der Interdiktsformel: ».. in bonis, quibus de agitur« fehlen in der Formel der a. P. — Die von Huschke aufgezählten materiellen Verschiedenheiten beruhen zum Theil auf Interpretationen, die nur aus seiner Grundauffassung heraus möglich sind; jedenfalls sind sie alle, ebenso wie jene Grundauffassung, von Reinhart eingehend widerlegt.

Betreffs des justinianischen Rechts endlich ist zuerst zu erwähnen, daß der § 6 I. de action. IV, 6 nicht neues Recht schaffen, sondern das bestehende darstellen will. Daher sind wir angesichts des Widerspruchs zwischen der gedachten Stelle und der l. 38 § 4 D. de usuris XXII, 1 wohl berechtigt, den wahren Willen des Gesetzes in tit. D. quae in fraudem 42, 8 zu suchen. Hier nun erscheint die actio Pauliana als persönliche Klage[43]).

Zweitens aber ist im justinianischen Recht die a. P. mit dem interdictum fraudatorium zu einem Rechtsmittel verschmolzen[44]). Denn der prozessuale Unterschied ist mit dem Wegfall des Interdiktenverfahrens verschwunden; und das Nebeneinanderbestehen zweier Klagen, die sich nur dadurch unterschieden, daß die materiellen Voraussetzungen der einen strenger wären als die der andern, ist undenkbar: Wer würde die strengere brauchen wollen? Darnach ist, was die Voraussetzung des Interdikts angeht, welche dasselbe in den Worten: »in bonis, quibus de agitur« ausdrückt, nur zweierlei denkbar: Entweder ist sie gänzlich weggefallen, oder man muß sie als auf die actio Pauliana, genauer, auf die aus der Verschmelzung beider Rechtsmittel ent-

41) Vergl. l. 1 p. und l. 10 p. D. h. t.

42) Dies ist keineswegs, wie Huschke XIV, S. 89 flg. will, als „selbstverständliches" Erforderniß auch der classischen a. P. anzusehen; vergl. unten § 6.

43) l. 1 § 2, l. 3, l. 6 § 12, l. 9 i. f., l. 10 § 12, § 15, l. 14, l. 17 p. § 2 D. h. t. u. a. m.

44) Huschke sieht seine drei Rechtsmittel als auch im justinianischen Recht fortbestehend an; dagegen selbst Brinz a. a. O. S. 534; Rudorff S. 95.

ſtandene juſtinianiſche Anfechtungsklage, übertragen anſehen. Offenbar aber iſt das letztere der Fall; ſonſt dürften jene Ediktsworte in den Digeſten gar nicht erwähnt, geſchweige denn ſo ausführlich, wie es geſchehen iſt[45]), erklärt worden ſein.

Wir ſchließen unſere rechtsgeſchichtliche Unterſuchung mit dem nicht unerfreulichen Reſultat, daß es im Corpus juris nur eine Anfechtungsklage der in Rede ſtehenden Art giebt, und daß alſo auch nur eine in Deutſchland recipirt worden iſt.

2. Kapitel.

Die materiellen Vorausſetzungen der Anfechtung (die Anfechtbarkeit).

§ 3. Dispoſition.

Wenden wir uns nunmehr zur dogmatiſchen Darſtellung der gemeinrechtlichen Anfechtungsklage, und zwar zunächſt zu den materiellen Vorausſetzungen derſelben.

Ohne daß hier ſchon im Allgemeinen ein erheblicher Streit wäre, giebt man dieſe Vorausſetzungen doch in verſchiedener Weiſe an; in der Regel aber führt man unter ihnen auf, daß der Schuldner eine Vermögensveräußerung vorgenommen haben müſſe. Wir fürchten, daß dies, obwohl es für die meiſten Fälle[46]) nicht unrichtig iſt, doch zu verſchiedenen Irrthümern[47]) Anlaß gegeben hat, und glauben, daß es ſowohl aus allgemein logiſchen Gründen als auch insbeſondere zur Aufklärung der Lehre von der Anfechtbarkeit der gegen eine Gegenleiſtung erfolgten Veräußerungen und zur Vorbereitung der juriſtiſchen Conſtruction des Anſpruchs des Anfechtungsgegners auf Rückgewähr dieſer Gegenleiſtung ſich empfiehlt, die Erforderniſſe der Anfechtbarkeit in folgender Weiſe zu gliedern:

1) Die Gläubiger müſſen einen Schaden erlitten haben;

2) Ihre Schädigung muß durch ein Verfahren des Schuldners herbeigeführt worden ſein;

---

45) In l. 10 §§ 9—11 D. h. t.; vergl. Windſcheid § 463 bei Note 12; unten § 6.

46) Vergl. unten § 5.

47) Vergl. z. B. § 5 bei Note 92.

3) Dieses Verfahren muß dasselbe Vermögen betroffen haben, in welches die Gläubiger immittirt worden sind;

4) Die Beschädigung muß vom Schuldner gewollt sein;

5) Derjenige, der das Veräußerte erworben oder sich am Verfahren des Schuldners betheiligt hat — der Anfechtungsgegner — muß diesen Willen gekannt haben.

Unter diesen fünf Sätzen ist keiner, der nicht einer näheren Bestimmung oder Erläuterung bedürfte; theilweise bedürfen sie auch einer Einschränkung. Diese nähere Bestimmung, diese Erläuterung, diese Einschränkung zu geben, soll im Folgenden versucht werden.

§ 4. Der Schaden der Gläubiger.

Erstens ist zum Erfolg der actio Pauliana nöthig, daß die Gläubiger einen Schaden erlitten haben. Dieses Erforderniß ist selbstverständlich; in ihm prägt sich der treibende Gedanke jenes Rechtsmittels[48]) aus, nicht eine Einschränkung dieses Gedankens aus anderweiten Rücksichten. Zum Ueberfluß wird es in den Quellen ausdrücklich aufgestellt; freilich nicht im Edikt selbst, sondern nur von der Interpretation[49]).

Was ist nun aber unter Schaden der Gläubiger näher zu verstehen?

Bei der Antwort auf diese Frage begnügt man sich in der Regel mit der allgemeinen Angabe, daß in Folge von Ueberschuldung die Befriedigung der Gläubiger ganz oder theilweise vereitelt worden sein müsse. Indeß es handelt sich hier um die Grundlage des Verständnisses der Anfechtungslehre; es ist nöthig, auf diesem Gebiet alle diejenigen Fragen ausdrücklich aufzustellen und zu beantworten, welche ein planmäßiger Gedankengang an die Hand giebt.

Von vorn herein ist zweierlei klar: Gläubiger als solche können nur in ihren Ansprüchen geschädigt werden; und das kann nicht anders geschehen, als durch Einwirken auf das Vermögen ihres Schuldners.

Wie ist aber jene Schädigung, diese Einwirkung näher zu denken? Und in welchem Momente entwickelt sich die erstere aus der letzteren?

---

48) l. 1 § 1 D. h. t.: .. quo edicto consuluit creditoribus.

49) l. 10 § 1 D. h. t.: Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit.

I.

Beginnen wir mit dem, was über den für die Anfechtungsbegründung erforderlichen Zustand des schuldnerischen Vermögens zu sagen ist.

Man ist allgemein einverstanden, daß Ueberschuldung vorhanden sein müsse; und weil man einverstanden ist, hat man das Bedürfniß eines gründlichen Beweises für diesen Satz nicht empfunden. Gleichwohl ist derselbe nicht selbstverständlich; es könnte sein, daß Zahlungsunfähigkeit — im Sinne des Reichs-Konkursrechts — genügte; und wenn man hier und da die herrschende Meinung durch Hinweis auf Wendungen der Quellen, wie »debitor, qui solvendo non est«, hat unterstützen wollen [50], so hat man übersehen, daß ein Schuldner, der nicht bezahlen kann, durchaus kein *überschuldeter* Schuldner zu sein braucht.

Indeß die herrschende Meinung ist richtig; ihre Richtigkeit ergiebt sich aus nov. 4, cap. 3. Denn in diesem Gesetz wird, obwohl Hingabe an Zahlungsstatt mit der a. P. anfechtbar ist, für *zahlungsunfähige* Schuldner das bekannte beneficium dationis in solutum eingeführt; es kann aber nicht der Wille des Gesetzes sein, daß der Gläubiger statt Geld Grundstücke unter Umständen nehmen müsse, unter denen der Schuldner dem Anfechtungsrecht zu Folge sie nicht geben dürfte. Nun behauptet zwar *Struckmann* [51], die Novelle beziehe sich auch auf den Fall der Ueberschuldung. Wäre dies richtig, so würde sie freilich eine Abänderung des Anfechtungsrechts enthalten. Jedoch schon der lateinische Text des Gesetzes giebt zu dieser Annahme wenigstens keinen Anlaß, und im Zweifel hätte man für die geringere Abweichung vom vorherigen Rechtszustand zu entscheiden, so daß es mit der Abänderung des Rechts der Hingabe an Zahlungsstatt [52] genug wäre und nicht außerdem eine Ausnahme von der Anfechtbarkeit in jener Novelle gefunden werden dürfte. Aber wenn nur der Zweifelsfall überhaupt gegeben wäre! Der griechische Wortlaut, den man als

---

50) z. B. *Laspeyres* S. 41.

51) Jahrb. f. Dogmatik XII, S. 288. *Struckmann* hält übrigens datio in solutum für unanfechtbar und wird daher nur von dem getroffen, was wir im Text sogleich über den griechischen Wortlaut der Novelle sagen werden.

52) Welche darin besteht, daß seit der Novelle der Gläubiger in gewissem Umfang *genöthigt* werden kann, statt dessen, was er zu fordern hat, etwas Anderes zu nehmen.

Interpretationsmittel gewiß verwerthen darf, schließt ausdrücklich den Fall der Ueberschuldung aus:

... τῇ τοῦ δεδανεισμένου περιουσίᾳ πιστεύων, ὁ δὲ εἰς ἔκτισιν χρυσίου μὲν οὐκ εὐπορίῃ, περιουσίαν δὲ ἀκίνητον ἔχοι ...

Περιουσία ist wörtlich = Ueberfluß; und wenn es in abgeleitetem Sinne für „Vermögen" gebraucht wird, so kann es doch jedenfalls nicht ein überschuldetes Vermögen bezeichnen. —

Es ist also Ueberschuldung für die Anfechtbarkeit erforderlich. Was muß denn aber überschuldet sein? — Die nächstliegende Antwort ist: das schuldnerische Vermögen.

Das schuldnerische Vermögen! Das ganze schuldnerische Vermögen? Unter Einrechnung ausländischer Güter, in welche beim Mangel eines Rechtshülfevertrags keine Vollstreckung gewährt wird? Unter Einrechnung von Geldern, welche der Schuldner nachweislich in Sicherheit gebracht hat, ohne daß zu ermitteln ist, wohin?

Es ist klar, daß dies sinnlos, daß dies dem Zweck des Anfechtungsrechts zuwiderlaufend sein würde. Indeß es könnte gleichwohl Rechtens sein, und Hasenbalg[53] wenigstens behauptet, daß es Rechtens ist. Von derselben Anschauung scheinen auch Huschke und Brinz[54] auszugehen, wenn sie meinen, Bezahlung einer fälligen Schuld sei aus dem Grunde unanfechtbar, weil sie keine Vermögensverminderung enthalte; denn wenn die letztgedachten beiden Schriftsteller die eben angeregte Meinung theilten, daß es nicht sowohl auf das Vermögen des Schuldners überhaupt, als vielmehr auf die thatsächlich zur Befriedigung von Gläubigern verwendbaren Aktiven ankomme, und auf eine Verschlechterung des Verhältnisses derselben zu den Passiven in der Maße, daß die letzteren nicht voll befriedigt werden könnten, so würde ihnen — Huschke und Brinz — nicht entgehen, daß im Falle vorhandener Ueberschuldung Zahlung nicht anders wirkt, als jede andere Ausgabe: Wenn die Passiven aus 1000, die Aktiven aus 800 bestehen, und unter solchen Umständen ein Wechsel über 200 voll gedeckt wird, so haben vor dieser Leistung die Gläubiger Aussicht auf Befrie-

53) S. 12 flg.; S. 20; S. 30.

54) Huschke XIV, S. 31; Brinz S. 531; auch Schönemann S. 21. Gegen sie Struckmann S. 278; Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 150; Otto S. 29 Abs. 4, S. 66; merkwürdiger Weise auch Hasenbalg S. 57.

digung nach Höhe von $^4/_5$, nachher nur nach Höhe von $^3/_4$ des Nominalwerths ihrer Ansprüche. Dagegen wird der Werth des schuldnerischen Vermögens durch jene Leistung freilich nicht berührt; er stellt nach wie vor ein Minus von 200 dar.

Worauf gründet sich denn nun aber die Meinung von Hasenbalg und Huschke und Brinz?

Darauf, daß es in l. 6 p. D. h. t. heißt:

Pertinet Edictum ad deminuentes patrimonium suum ...

Ist das überzeugend? Ja, wenn nur der Jurist nicht fortführe:

... non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.

Fischer[55]) hält es für zweifelhaft und bedenklich, ob man angesichts dieser Antithese auf die Eingangsworte der Stelle großes Gewicht legen darf; mir scheint es unzweifelhaft, daß man dies nicht darf. Wenn man eine ganze Theorie auf sechs aus dem Zusammenhang gerissene Worte bauen will, so behandelt man die Pandekten wie eins der sibyllinischen Bücher, aber nicht wie ein Gesetz[56]).

Wir sind also der Meinung, daß es auf das Vermögen des Schuldners nur insoweit ankommt, als es für die Gläubiger von Interesse ist, also auf die zu deren Abfindung verwerthbaren Aktiven. Positiv läßt sich diese Ansicht unmittelbar auf das Edikt stützen, auf welches sich ja die sonstigen einschlagenden Quellenausprüche beziehen und durch dessen Betrachtung sie erst in das rechte Licht gerückt werden. Denn das Edikt bezeichnet als anfechtbar ganz allgemein:

Quae fraudationis causa gesta erunt[57]).

Ist es nun etwa nicht fraudationis causa gestum, wenn man seinen Gläubigern die Befriedigungsmittel entziehen will, möge man auch noch so viel für sie unerreichbares Vermögen besitzen?

Indeß wir dürfen den aufgestellten Satz nicht in jener Allgemeinheit lassen; denn er ist in ihr ohne realen Hintergrund. Es giebt kein für die Gläubiger überhaupt in Betracht kommendes Vermögen des Schuldners. Die Interessen der Gläubiger sind verschieden; man denke an Pfand- und Vorzugsrechte. Jede Klasse von Gläubigern und

55) Fischer S. 20.

56) Von der l. 6 § 2 D. h. t. gilt ganz dasselbe, wie von l. 6 p. cit.

57) l. 1 p. D. h. t.

in manchen Klassen jeder einzelne Gläubiger ist demnach auf einen anderen Theil des schuldnerischen Vermögens angewiesen.

Es beurtheilt sich also auf Grund des jetzt besprochenen Satzes das Anfechtungsrecht eines jeden Gläubigers selbständig; allein zu Gunsten desjenigen ist es vorhanden, der betreffs seiner Befriedigung sich an einen Inbegriff von Aktiven halten muß, welche zur Deckung der aus ihnen zu begleichenden Passiven nicht ausreichen.

Man könnte einwenden: Wenn schon die Vermögensmassen, auf welche die einzelnen Gläubiger angewiesen sind, sich nicht decken, so bilden sie doch zusammen ein Ganzes; daher brauchte man die hier vertheidigte Ansicht nicht bis in ihre Konsequenzen für die einzelnen Gläubiger durchzuführen; man könnte immerhin bei der obigen allgemeinen Formulirung stehen bleiben.

Dieser Einwand wäre nicht haltbar. Ihm widerspricht eine positive Vorschrift, die zugleich alles, was wir über die fragliche Materie gesagt haben, auf das Schlagendste bestätigt. Offenbar enthält Pfandbestellung keine Verminderung des schuldnerischen Vermögens[58]; ebenso wenig eine Schmälerung des Inbegriffs der für Gläubiger überhaupt verwerthbaren Aktiven; sondern nur eine Beeinträchtigung der Aktiven, welche für die nicht durch Pfandrecht gesicherten Gläubiger bereit sind. Gleichwohl ist Bestellung eines Pfandrechts anfechtbar[59].

II.

Wir hatten oben gesagt, es bestehe bezüglich des Schadens der Gläubiger die allgemeine Vorstellung, daß in Folge von Ueberschuldung die Erfüllung ihrer Ansprüche ganz oder theilweise vereitelt worden sein müsse; wir haben seither zu zeigen versucht, was man sich dabei unter Ueberschuldung zu denken habe; nunmehr wird es an der Zeit sein, das ganze oder theilweise Ausbleiben der Erfüllung näher zu besprechen.

Man könnte zunächst sich daran erinnern wollen, daß auch Erfüllungsverzug eine Art Nichterfüllung ist. Von diesem Gesichtspunkt aus ließe sich zweifeln, ob die actio Pauliana voraussetzt, daß der Gegenstand der Erfüllung nicht oder nicht völlig geleistet werden

58) Worauf übrigens gerade Hasenbalg S. 16 mit besonderer Energie hinweist; vergl. aber auch Windscheid § 365 Note 3.

59) l 10 § 13, l. 22 D. h. t.

kann, oder ob es genügt, wenn es nur unmöglich geworden ist, die rechte Zeit einzuhalten.

Diese Frage ist bereits beantwortet: Wenn Verspätung der Leistung einen für die Anfechtbarkeit ausreichenden Schaden enthielte, so müßte Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eine genügende Grundlage der actio Pauliana bilden; wir haben aber oben gezeigt, daß Ueberschuldung erforderlich ist.

Eine zweite Frage, die hier aufgeworfen werden kann, wird uns länger beschäftigen. Wenn man von Schaden der Gläubiger in Folge Verminderung des Vermögens ihres Schuldners spricht, so kann man dabei an ein Doppeltes denken. Man kann einmal meinen, daß ein Gläubiger benachtheiligt wird, wenn er nicht so viel bekommt, als er zu fordern berechtigt ist. Man könnte sich aber zweitens vergegenwärtigen, daß es gute und schlechte Forderungen giebt; daß Jemand, der auf seinen Anspruch von Anfang herein nur Befriedigung nach Höhe von $^1/_5$ des Nennwerths erwartet hat, es kaum für einen Schaden halten wird, wenn ihm die volle Hälfte zufällt; daß gerade auf dem Boden der a. P., wo in der Regel es sich darum handelt, zur Befriedigung von Kontrahenten des Schuldners andere Kontrahenten desselben anzuhalten, es unbillig erscheint, Einem, der etwas hat, dies zu Gunsten eines Anderen zu entziehen, der, ökonomisch angesehen, dadurch einen reinen Gewinn macht.

Welchen von diesen beiden möglichen Standpunkten nimmt das römische Recht wirklich ein? Die herrschende Ansicht sagt: Den ersten; wir müssen dagegen die Behauptung wagen: Den letzten.

Es ist nicht bestritten, daß im römischen Recht folgende zwei Sätze gelten:

a) In der Regel sind nur diejenigen Gläubiger anfechtungsberechtigt, deren Forderungen bereits zur Zeit der Vornahme der anzufechtenden Handlung bestanden[60]); eine Ausnahme hiervon findet zu Gunsten derer statt, »quorum pecunia priores — d. i. die soeben erwähnten Gläubiger — dimisit« (sc. fraudator)[61]).

---

60) Interessanter Fall bei Seuff. XXVII, 81 (Celle) [Forderung auf Erstattung der Kosten eines anhängigen, noch unentschiedenen Prozesses]. Gegen dieses Erkenntniß Hasenbalg S. 35; dafür überzeugend Eck, Jen. Lit. Zeit. 1874, S. 588.

61) l. 10 § 1 D. h. t. Vergl. unten § 7 bei Note 125 flg.

b) Ausschlagung von Erwerbungen ist unanfechtbar[62]).

Auf diese beiden Sätze beziehen wir uns; es giebt keine andere haltbare Deutung derselben als die, daß man sie als Folgerungen aus der oben von uns aufgestellten Regel ansieht.

Die herrschende Meinung hat freilich für jene beiden Sätze auch Erklärungen: für den letzten zwei; für den ersten eine halbe.

Von den beiden oben unter a) angeführten Vorschriften wird nämlich die Regel damit erklärt, daß man behauptet[63]), der auf den Nachtheil gerichtete Wille des Schuldners müsse eine persönliche Beziehung auf bestimmte Gläubiger oder wenigstens eine spezielle Richtung auf bestimmte Forderungen haben; die Ausnahme dagegen wird überhaupt nicht erklärt, sondern als Ausnahme behandelt; deshalb sagten wir: Eine halbe Erklärung.

Wir können indeß erst an einer späteren Stelle[64]) dieser Schrift zeigen, daß diese halbe Erklärung eine falsche ist. Vorläufig genüge der Nachweis, daß, wenn sie falsch sein sollte, die oben unter a) angeführten Rechtssätze der herrschenden Ansicht über den Schaden der Gläubiger widersprechen, nach unserer Auffassung aber sich von selbst verstehen.

Das Erstere liegt auf der Hand. Es ist Sache der alltäglichsten Erfahrung, — und vom Standpunkt legislativer Kritik dem römischen Recht auch schon entgegengehalten worden[65]) — daß die Bezahlung einer Forderung nach ihrem Nennwerth sehr wohl in Folge von Vorgängen unmöglich sein kann, die geschehen sind, ehe sie entstanden war.

Auf der anderen Seite ist von vorn herein klar, daß der ökonomische Werth einer Forderung an sich abhängt von den Vermögensverhältnissen des Schuldners zur Zeit ihres Bestehens, nicht aber von den vor ihrer Entstehung liegenden. Wäre daher richtig, was wir behaupten, daß es auf Schmälerung des ökonomischen Werths der Forde-

62) l. 6 p. — § 5 D. h. t.

63) Windscheid § 463 bei Note 11; Laspeyres S. 42; Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patrons, S. 112 Note 47; Motive S. 187; Hasenbalg S. 53; Fischer S. 3; Reinhart S. 56, 57, 133 (widerspruchsvoll). Gegen die herrschende Meinung, aber ohne Begründung, Sintenis S. 737 bei und in Note 35; Arndts, Lehrbuch § 228 (5. Aufl.).

64) § 7 bei Note 125 flg.

65) Motive S. 188, Seite 150 Note 3.

rungen ankommt, so wäre der Grund der Regel, nach welcher nur die Gläubiger anfechtungsberechtigt sind, deren Forderungen zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung schon bestanden, sofort ersichtlich. — Wenn wir übrigens den Nennwerth von Forderungen deren ökonomischem Werth entgegensetzen, so denken wir an einen überschuldeten Schuldner; denn sonst ist der ökonomische Werth dem juristischen gleich, also ohne besonderes Interesse.

Wie steht es nun mit der Deutung des zweiten der oben unter a) angeführten Grundsätze, also der Ausnahme[66])?

Der ökonomische Werth einer Forderung kann auch im Falle der Ueberschuldung unter Umständen vom Betrag des schuldnerischen Vermögens unabhängig sein; einmal wenn neben dem ersten Schuldner noch ein zweiter — persönlicher oder Pfandschuldner — haftet; der Fall ist eine nur scheinbare Ausnahme, da hier eben mehrere Schuldner da sind; zweitens aber auch dann, wenn zum Vermögen des Schuldners, oder genauer zu der für dessen Gläubiger verwerthbaren Masse Güter gezogen werden können, die zunächst nicht zu ihr gehören, und wenn dies geschehen kann, ohne daß aus des Schuldners Vermögen eine entsprechende Gegenleistung gemacht werden müßte.

Diese beiden Erfordernisse erfüllt allein die actio Pauliana. Sie ist kein Bestandtheil des schuldnerischen Vermögens, und wenn sie durch Befriedigung untergeht, so geht sie nicht dem Schuldner unter; aber das, was durch sie erlangt worden ist, kommt dennoch den Gläubigern zu Gute. Wir sagen, es kommt *den* Gläubigern zu Gute; nämlich allen, nicht blos den anfechtungsberechtigten. Denn was die letzteren mittelst der actio Pauliana erhalten, können sie nicht nochmals aus dem Vermögen des Schuldners fordern; dieses bleibt also den nicht anfechtungsberechtigten in einem Umfange, in welchem es ihnen ohne die Anfechtungsberechtigung der Andern nicht verblieben wäre.

Nun setze man den Fall, der Schuldner bezahle die anfechtungsberechtigten Gläubiger; was wird der Erfolg sein?

Nehmen wir ein Beispiel: Ein Schuldner habe an Aktiven 1500, an Passiven 2000, und zwar zwei Gläubiger, deren jeder 1000 zu fordern hat; er veräußert zu deren Schaden 500; jeder von ihnen kann hier mit der actio Pauliana 250 bekommen. Nun nehme unser

66) Vergl. unten § 7 bei Note 126 und 128.

Schuldner ein Darlehen auf von 1000 und bezahle den beiden ersten Gläubigern je 1000. Giebt man hier dem Dritten die actio Pauliana jener beiden, so bekommt er 500; hätte der Schuldner jene beiden nicht bezahlt, so würden im Konkurse alle drei je $^{25}/_{30}$ des Nennwerths ihrer Forderungen, also $833^{1}/_{3}$ bekommen haben; giebt man nach Abfindung der beiden ersten dem dritten die actio Pauliana nicht, so bekommt er gar nichts.

Es ist also handgreiflich: Wenn aus dem Vermögen des Schuldners die zunächst anfechtungsberechtigten Gläubiger befriedigt werden, so überträgt sich der aus der anfechtbaren Handlung erwachsende Nachtheil auf die andern, und zwar im ökonomischen Sinne, so daß sie weniger bekommen, als vor jener Befriedigung ihre Forderungen werth waren. Wenn nunmehr ihnen die actio Pauliana zusteht, so ist dies, von unserem Standpunkt aus betrachtet, keine Ausnahme, sondern eine Anwendung der Regel auf einen besonders gearteten Fall[67]).

So viel ist also betreffs der oben unter a) aufgeführten Rechtssätze, den Werth der herrschenden Theorie von der speziellen Richtung des Benachtheiligungswillens vorläufig ganz bei Seite gelassen, schon jetzt klar: Diese kommt zur Aufstellung einer von ihrem Standpunkt aus irrationellen Ausnahme von ihrem Grundsatz; für uns streitet die Präsumtion, daß die römischen Juristen folgerichtig gedacht haben. Denn es ist wohl zu beachten, daß es sich, historisch angesehen, nicht um das Verständniß positiv rechtlicher Vorschriften — an denen ja eine Abweichung von der elegantia juris noch kein Fehler zu sein braucht — sondern um das Eindringen in den Sinn einer juristischen Deduction[68]) handelt.

Wir kommen zu dem oben unter b) aufgeführten Satze, daß Verzichte auf Erwerbungen unanfechtbar seien[69]); also z. B. die Ablehnung eines Geschenkes, die Nichterfüllung einer Bedingung, mit deren Er-

67) Man darf sich nicht darauf klemmen, daß in l. 10 § 1 cit. nicht die Rede ist von Befriedigung der priores aus dem Vermögen des Schuldners, sondern »pecunia posteriorum«. Denn ökonomisch hat die Identität der nummi gewiß keine Bedeutung; und juristisch auch nicht, da es ja creditirtes, also in's Eigenthum des Schuldners übergegangenes Geld ist.

68) Des Marcellus; l. 10 § 1 D. h. t.

69) l. 6 p. — § 5 D. h. t.; l. 134 D. de regul. juris L. 17. Die herrschende Meinung macht eine Ausnahme zu Gunsten des fiscus, wegen l. 45 p. D. de jure fisci 49, 14. Dieser Stelle, so aufgefaßt, widerspricht aber die l. 26 eod.

füllung ein Erwerb verbunden wäre, die Ausschlagung eines Legats und einer Erbschaft. [70])

Wie das römische Recht darauf gekommen ist, das wird, wie wir schon erwähnten, auf zweifache Weise erklärt: Einmal aus dem

---

Wie, wenn in l. 45 cit. die Worte: et si non quaeratur = et si non inquiratur?

Sprachlich ist dies nicht nur zulässig (Paul. sent. rec. V, 14, § 1), sondern sogar geboten, denn quaerere = erwerben, ist transitiv, also müßte es heißen: si quid non quaeratur. Was das Sachliche angeht, so darf man freilich nicht übersetzen: Dies gilt auch, wenn keine Untersuchung stattfindet, sondern: Dies gilt auch dann, wenn eine Vermögensconfiscation ohne vorausgegangene strafrechtliche Untersuchung stattfindet. Die bei dieser Uebersetzung angenommene Ellipse ist, wenn man den Zusammenhang betrachtet, leicht genug; denn vom Fall der Vermögensconfiscation ist überhaupt ausschließlich die Rede (Puchta, Vorlesungen § 380, Otto S. 205). Ueberhaupt wird die hier gegebene Interpretation durch den Zusammenhang sehr wirksam unterstützt:

a) Durch das »aeque enim in omnibus fraus punitur«, was bei der gewöhnlichen Interpretation mindestens als ein lahmer, ja insofern, als fraus an sich im Verzicht auf einen Erwerb gerade nicht liegt, als ein sinnloser Zusatz erscheint, während es bei unserer Interpretation den höchst einfachen Sinn giebt: Wenn auch das Verbrechen nicht bestraft werden kann, die fraus wird doch verfolgt.

b) Durch den Inhalt der folgenden Paragraphen: l. 45 cit. § 1 spricht von einem Fall, wo beim Unterbleiben der Strafverfolgung keine Vermögensconfiscation stattfindet; § 2 eod. dagegen von einem Fall, wo der fiscus trotz Unterbleibens der strafrechtlichen Untersuchung das Vermögen einzieht. Dies stellt sich vom Standpunkt der hier gegebenen Interpretation als eine Auskunft über das Anwendungsgebiet des »et si non quaeratur« (vergl. unsere obige Uebersetzung), also wie eine sehr natürliche Fortsetzung dar; in welchem Zusammenhang dagegen bei der gewöhnlichen Interpretation die §§ 1 und 2 mit dem principium der Stelle stehen sollen, ist uns vollständig räthselhaft.

70) Und zwar sowohl der hereditas voluntaria als auch der hereditas necessaria. A. M. Otto S. 32 flg. Er hält die Bestimmung über die Ausschlagung von Legaten für ein contra rationem juris receptum, was analoger Ausdehnung nicht fähig sei. Die Widerlegung hiervon gehört in's Erbrecht. Wir verweisen auf Windscheid § 643 Note 2 verbis: „Wenn nach Ausschlagung des Vermächtnisses es so gehalten wird, als hätte der Vermächtnißnehmer nie gehabt, so vermindert er ja wirklich durch die Ausschlagung sein Vermögen nicht"; wozu wir nur bemerken möchten, daß die Richtigkeit der Auffassung Windscheid's auf's Schlagendste dadurch bestätigt wird, daß die betreffenden Stellen, welche man als Ausflüsse der Proculeanischen Ansicht über den Erwerb der Legate hat ansehen wollen, sich theilweise auf die Autorität des Sabinianers Julian beziehen (l. 5 § 5 D. de jure dotium XXIII, 3; l. 1 § 6 D. si quid in fraudem 38, 5; l. 6 § 4 D. quae in fraudem 42, 8).

Verhältniß des Schuldners zu den Gläubigern; sodann als eine historische Zufälligkeit.

Die erste Auffassung ist die gewöhnliche. Man sagt, es könne dem Schuldner billiger Weise nicht zugemuthet werden, zu Gunsten seiner Gläubiger Erwerbungen zu machen[71]). Weshalb nicht? Als ob das Recht dergleichen einem Schuldner nicht in tausend Fällen zumuthete! Man denke an Verkauf der Sache eines dritten, an die Uebernahme einer Lieferung von Fungibilien, an die Pflichten eines Vormunds, an den Selbsthülfeverkauf für Rechnung des in Verzug befindlichen Käufers, u. s. w., u. s. w. Jeder Schuldner ist ganz allgemein gehalten, die Befriedigung seiner Gläubiger zu bewirken, was auch immer diese zu fordern haben mögen; er genügt seinen Obliegenheiten dadurch noch nicht, daß er es unterläßt, der Erfüllung derselben entgegen zu arbeiten[71a]).

Dies scheint auch die Ansicht Huschke's[72]) zu sein; mindestens hat er das Bedürfniß gefühlt, eine andere Erklärung aufzustellen. Nach ihm bezieht sich die a. P. deshalb nicht auf Nichterwerbe, weil seit Aufhebung der alten ductio judicati der Schuldner nicht mehr für den Gläubiger arbeiten mußte, der letztere nur am Vermögen des ersteren, nicht auch an dessen Person ein Recht hatte.

Es ist nicht zu verkennen, daß dies unlogisch ist; denn wenn Zwangsarbeit aufhört, ein zulässiges Executionsmittel zu sein, so folgt daraus nicht, daß der Schuldner nicht verpflichtet wäre, die Interessen seiner Gläubiger wahrzunehmen. Dies allein stände nun freilich der Meinung Huschke's nicht entgegen; der Gang der Rechtsgeschichte ist nicht der einer logischen Deduction; neu sich bildendes Recht tastet nach Analogieen im bisher geltenden und lehnt sich an diese an, wenn sie auch nicht immer ganz treffend sind. Im vorliegenden Falle aber kann man diese historische Erfahrung nicht gegen die Logik ausspielen; denn die Regel von der Unanfechtbarkeit der Ausschlagungen ist im römischen Recht nicht als positiver Rechtssatz aufgetaucht,

71) Laspeyres S. 46; Francke, Arch. f. d. civil. Praxis LXII, S. 479; Motive S. 150.

71a) Richtig Krische S. 697 Note 99, wenn auch in einem anderen Zusammenhange.

72) Huschke XIV, S. 29. Gegen ihn, mit historischen Zweifeln, Reinhart S. 98.

den man geschichtlich beurtheilen könnte, sondern er ist von einer mehrere Jahrhunderte lang thätigen juristischen Wissenschaft als Ergebniß der Interpretation des Ediktsausdruckes »fraus« festgestellt worden. Wer also keine Neigung hat, den römischen Juristen Mangel an folgerichtigem Denken vorzuwerfen, wird Huschke's Ansicht nicht beistimmen können.

So bliebe die dritte, die von uns aufgestellte Erklärung. Sie leistet, was von ihr verlangt wird, ohne Mühe: Wenn man bei Beurtheilung der Frage, ob die Gläubiger geschädigt sind, nicht auf den juristischen Inhalt, sondern auf den ökonomischen Werth ihrer Ansprüche sieht, so ist das Unterbleiben der Vermehrung eines überschuldeten Vermögens für die Gläubiger kein positiver Schaden, sondern ein entgangener Gewinn[73].

III.

Wie weit sind wir nun? Wir haben erörtert, in welcher Lage das schuldnerische Vermögen sein müsse; wir haben gezeigt, welches die für die Anfechtbarkeit erforderliche Einwirkung auf die Forderungen der Gläubiger sei: Sind wir mit dem Schaden der Gläubiger fertig?

Wir müssen uns vergegenwärtigen, daß eine Schädigung von Gläubigern durch Einwirkung auf das Vermögen ihres Schuldners niemals definitiv feststehen wird: Die Verhältnisse des Schuldners können sich bessern; die beanspruchte Bezahlung kann von einem Drit-

---

73) Otto S. 30 regt die Frage an, wie es komme, daß Ausschlagung nicht als Veräußerung des Rechts auf den Erwerb anfechtbar sei, da schon dieses Recht als Vermögensrecht angesehen werden müsse. Er meint, ein derartiges Recht sei alternativer Natur; unterlasse man den Erwerb, so veräußere man das Recht nicht, sondern übe es aus. Indeß jedes Recht gewährt die Füglichkeit, es zu gebrauchen oder nicht zu gebrauchen, ohne daß deshalb alle Forderungen alternative Obligationen wären; und meint Otto, wenn Jemand ein Wahlrecht habe auf Stichus oder 5, und 5 wähle, während Stichus 100 werth ist, so sei dies schlechterdings unanfechtbar? Endlich ist der Gegensatz zwischen „veräußern" und „ausüben" kein korrekter: In der Regel werden Forderungsrechte gerade durch Ausübung veräußert. Die Antwort auf Otto's Bedenken ist vielmehr: Jene Rechte sind inter vivos nicht veräußerlich, also kein möglicher Gegenstand der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses.

ten geleistet werden [74]). Andererseits ist klar, daß, wenn die Anfechtungsklage einen praktischen Nutzen haben soll, solche leere Aussichten den Gläubigern nicht entgegen gesetzt werden dürfen. Dies veranlaßt uns zu der Frage: In welchem Augenblick gilt für die juristische Betrachtung der Schaden der Gläubiger als eingetreten? In welchem Moment, um an ein oft gebrauchtes Stichwort zu erinnern, ist der »eventus fraudis« gegeben?

Diese Frage wird häufig mit zwei anderen vermengt, die mit ihr nicht das Mindeste zu thun haben; nämlich einmal mit der, ob die immissio creditorum in bona debitoris zu den Voraussetzungen der actio Pauliana gehöre; und sodann mit der nach dem Beginn der Verjährung dieses Rechtsmittels.

Beide Punkte sollen an den ihnen zukommenden Stellen [75]) besprochen werden; gegenwärtig aber handelt es sich lediglich um den eventus fraudis.

In der Literatur sind, vom Zeitpunkt der Immission — der, wie gesagt, in keinem inneren Zusammenhang mit dem jetzt erörterten Gegenstand steht — abgesehen, zwei Momente als wichtig bezeichnet worden: Auf der einen Seite hat man geglaubt, in dem Augenblick, wo die Ueberschuldung vorliege, seien auch die Gläubiger geschädigt [76]); Andere haben gemeint, es müsse durch die venditio bonorum im römischen, den Distributionsbescheid — bez. ganz oder theilweise vergebliche Zwangsvollstreckung — im gemeinen Recht constatirt sein, daß die Gläubiger volle Bezahlung nicht erhalten könnten [77]).

---

74) Daher ist es ganz haltlos, wenn Brinz S. 533 für die Beurtheilung der Frage es als entscheidend ansieht, daß „Arrangements" noch mitten im Konkurse vorkommen können; diese können 10 Jahre nach Ende des Konkurses auch noch vorkommen.

75) Unten § 9 bei Note 230 bis 240; § 14.

76) Franke LXII, S. 489 und die von Otto S. 92 Angeführten.

77) Brinz S. 533. — Otto S. 139 ist mir unverständlich. Er sagt S. 139 Abs. 5: Die Befriedigung müsse im Konkurse ganz oder theilweise ausbleiben, sonst sei eine Rechtsverletzung der Gläubiger nur versucht; dagegen S. 139 Abs. 6 und S. 140: Daß die Gläubiger verkürzt seien, sei ohne weiteres mit der Konkurseröffnung gegeben; eine spätere Befriedigung mache den Anfechtungsanspruch nicht unschlüssig, sondern erledige ihn. — Dies ist, soviel ich zu sehen vermag, der offenbarste Widerspruch. Oder meint Otto, es sei im Moment der Konkurseröffnung zu fingiren, daß die Befriedigung im

Aus den Quellen ist eine unmittelbare Antwort nicht zu gewinnen. Zwar scheint die l. 10 § 1 D. h. t. für die letztere jener Meinungen zu sprechen, indem sie sagt:

> Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt.

Indeß da es der Stelle lediglich auf das »hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit« ankommt, so kann sie recht wohl das vendiderunt — bonorum venditio bezeichnet ohnehin den Konkurs überhaupt — nur gebraucht haben als eine allgemeine Bezeichnung für den ganzen Verlauf, den die Beschädigung der Gläubiger nimmt, so daß man übersetzen müßte: „d. h. wenn die Gläubiger betroffen sind, deren Verkürzung der Schuldner beabsichtigt hat." Diese Interpretation wird dadurch unterstützt, daß in Cic. ad Attic. I, 1 von einem Anfechtungsprozeß erzählt wird, der geführt worden ist vor der Wahl des magister bonorum vendendorum [78]).

Ist sonach eine Lücke in den Quellen, so bleibt nichts übrig, als die Frage durch Schlußfolgerung aus anderweiten Rechtssätzen zu beantworten. Da erscheint nun keine der beiden oben gedachten Ansichten haltbar: die zweite nicht, weil nicht einzusehen ist, weshalb gerade durch Zwangsvollstreckung [78a]) oder Distributionsbescheid festgestellt werden muß, was unter Umständen durch andere Beweismittel ebenso gut dargethan werden kann; die erste nicht, weil die Gläubiger nur ein Recht auf Befriedigung, nicht aber ein Recht auf das Vorhandensein einer gewissen Vermögenslage auf Seiten ihres Schuldners haben.

Indeß diese letzte Bemerkung hilft uns zum Ziele; sie bringt uns auf die Frage: In welchem Zeitpunkt ist das Recht der Gläubiger auf Befriedigung durch die schlechte Vermögenslage des Schuldners ver-

---

Konkurse ausbleibe? Das käme auf die soeben vor Note 75 erwähnte Verkennung der Bedeutung der Immission heraus.

78) Vergl. Huschke XIV, S. 38 bei Note 4. Ob freilich das »curatori bonorum« in l. 1 p. D. h. t. entscheidet, ist nicht unzweifelhaft: cf. Brinz S. 533. — Vergl. noch Reinhart S. 55.

78a) Krische S. 635 meint, es sei nöthig wegen der relativen Natur der Anfechtbarkeit. Was hat aber diese mit der Art und Weise des Beweises zu thun? (Wegen der relativen Natur der „Anfechtbarkeit": d. h. weil die Anfechtbarkeit nur zu Gunsten der Gläubiger wirkt.)

letzt? Ist die Frage einmal so gestellt, so ist die Antwort selbstverständlich; sie lautet: In dem Moment, wo in Folge der schlechten Vermögenslage die Gläubiger keine Befriedigung haben, obwohl sie solche in diesem Moment haben sollten; d. h. — um zugleich die „schlechte Vermögenslage" im Sinne des Anfechtungsrechts zu bestimmen — wo in Folge von Ueberschuldung der Schuldner in Verzug geräth.

Um übrigens an dieser Stelle keine Mißverständnisse zu erregen, wollen wir hervorheben, daß es zweierlei ist, ob man sagt: Mit Eintritt des Verzugs ist der eventus fraudis gegeben, oder: Nach Eintritt des Verzugs kann ohne weiteres mit der Anfechtung vorgegangen werden [79]).

§ 5. Das Verfahren des Schuldners.

Eine Benachtheiligung der Gläubiger, wie wir sie soeben geschildert haben, kann auch in Zufällen oder in Handlungen Dritter ihre Ursache haben. Liegt eins von beiden vor, so ist die actio Pauliana nicht begründet; im ersteren Fall ist sie kaum denkbar, im letzteren wird sie jedenfalls durch das positive gemeine Recht ausgeschlossen. Denn die zweite Voraussetzung der actio Pauliana ist: Die Beschädigung der Gläubiger muß durch ein Verfahren des Schuldners herbeigeführt worden sein.

Darin liegt zunächst, daß der Schuldner thätig geworden sein muß: Ein Drittschuldner, der zum Zweck der Schmälerung der Masse sich eine Konkursforderung abtreten läßt, um aufzurechnen, kann mit der actio Pauliana nicht belangt werden [80]).

Zweitens bedeutet das oben Gesagte, daß im Verfahren des Schuldners die Ursache der Beschädigung liegen, daß objektiver Kausalzusammenhang zwischen beiden obwalten muß.

Zwischen zwei Erscheinungen besteht objektiv eine ursächliche Verbindung dann, wenn ohne die eine auch die andere entweder überhaupt nicht stattgefunden haben würde, oder doch nicht in dem Maße und mit der Energie sich durchgesetzt hätte, mit welcher sie sich durchgesetzt hat. Hieraus ergiebt sich für unsere Frage, daß mit dem Erforderniß des

79) Vergl. vielmehr § 9 a. Anf.

80) l. 1 p. l. 10 p. D. h. t.; Seuff. XXVIII, 173 (Stuttgart).

objektiven Kausalzusammenhangs zwischen dem anzufechtenden Verfahren und der eingetretenen Beschädigung der Gläubiger nicht eben viel verlangt wird: Sobald einmal Ueberschuldung in dem oben festgestellten Sinne eingetreten ist, hat als eine von deren Ursachen jedes Ereigniß zu gelten, welches zur Verschlechterung des Verhältnisses der Schuldenmasse zur Aktivmasse mitgewirkt, also eine Schmälerung der letzteren ohne entsprechende Verminderung der ersteren herbeigeführt hat; wobei es an sich, d. h. für die Frage des objektiven Kausalzusammenhangs, ganz gleichgültig ist, ob zu der Zeit, wo jenes Ereigniß vorgefallen ist, an Ueberschuldung auch nur gedacht werden konnte, oder nicht.

Gleichwohl ist es denkbar, daß zwischen einer Vermögensveräußerung und der Schädigung der Gläubiger auch objektiv keine ursächliche Verbindung stattfindet; doch muß man hier vorsichtig sein.

Wenn Hasenbalg meint, wofern der Schuldner nach Vornahme einer Veräußerung etwas dem Veräußerten Gleichwerthiges erwerbe, hernach aber in Ueberschuldung verfalle, so liege kein objektiver Kausalzusammenhang vor[81]), so ist dies eine Verwechslung des Kausalen mit dem Zeitlichen. Denn jenen nachträglichen Erwerb, wenn er eben nur ein nachträglicher ist, würde der Schuldner auch gemacht haben, wenn er die vorhergegangene Veräußerung unterlassen hätte; wäre also diese unterblieben, so würde die Aktivmasse um den Werth des Veräußerten reicher und demnach Ueberschuldung überhaupt nicht, oder doch nicht in dem Maße eingetreten sein, in dem sie eingetreten ist.

Dagegen findet in Wahrheit eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs in dem Falle statt[82]), wenn die Veräußerung die Ursache eines entsprechenden Erwerbs ist; dann heben die Wirkungen sich gegenseitig auf. Hierbei muß man aber beachten, daß, wie im vorigen Paragraphen dargelegt worden ist, bei der ganzen Anfechtungslehre nicht das Vermögen des Schuldners überhaupt, sondern nur der für die Gläubiger erhebliche Theil desselben in Frage steht. Es genügt

81) Hasenbalg S. 6, S. 34, S. 38 i. f.; S. 2. Hasenbalg ist übrigens widerspruchsvoll; gegen ihn Eck, a. a. O. — Vergl. schon Dabelow S. 412.

82) Aber z. B. auch in dem oben § 2 Note 34 gedachten Falle würde kein Kausalzusammenhang vorhanden sein.

also nicht, daß eine angemessene Gegenleistung in das schuldnerische Vermögen gelangt, sondern es ist zur Beseitigung des Kausalzusammenhangs nöthig, daß in Folge der Veräußerung etwas dem Veräußerten Gleichwerthiges in die zur Befriedigung der Gläubiger thatsächlich bereite Masse kommt.

Man glaube ja nicht, daß diese abstrakten Untersuchungen ohne praktische Bedeutung sind. Wir werden später [83]) auf sie zurückkommen müssen; schon jetzt aber können wir einen Gewinn aus ihnen ziehen durch Aufstellung einer Regel über Vertheilung der Beweislast bei Anfechtung oneroser Geschäfte: Der Beweis des Kausalzusammenhangs ist vorbehaltlich des Gegenbeweises geführt, wenn die Gläubiger dargethan haben, es sei gegen Gegenleistung in der Absicht veräußert worden, die Gegenleistung ihnen zu entziehen; denn dann steht das Ausscheiden eines Vermögensstückes aus der für sie vorhandenen Masse fest; dagegen ist der Eintritt eines entsprechenden andern nicht nur nicht bewiesen, sondern wegen der entgegen stehenden Absicht des Schuldners sogar unwahrscheinlich [84]).

Zum Schluß wollen wir noch betonen, daß wir oben gesagt haben: die Ursache der Benachtheiligung müsse ein Verfahren des Schuldners gewesen sein. Wir haben den allgemeinen Ausdruck „Verfahren" nicht ohne Absicht gebraucht; denn man kann hier kaum allgemein genug reden [85])

Anfechtbar sind Handlungen und Unterlassungen; und zwar nicht ausschließlich solche Unterlassungen, welche auch sonst im Rechte den Handlungen gleichstehen, sondern auch solche, die lediglich condicio sine qua non für den Eintritt der Wirkungen anderer Thatsachen sind; z. B. die Nichtunterbrechung der Verjährung [86]).

Anfechtbar sind ferner nicht nur Rechtshandlungen, sondern auch

---

83) Unten § 11 bei Note 310.

84) Die Praxis schloß jedenfalls die Anfechtung nicht ohne weiteres aus; wie aber das Verhältniß näher gedacht wurde, ist nicht ersichtlich. Vergl. Seuff. XII, 113 (Kiel); XXVIII, 19 (Berlin); XXIX, 197 (Celle). Daß es sich um eine Beweisfrage handelt, scheint auch die vorsichtige Fassung der l. 7 D. h. t. anzudeuten. Vergl. unten § 11 besonders Note 313.

85) l. 1 § 2 D. h. t.: Haec verba generalia sunt ... late ista verba patent.

86) l. 3 § 1, l. 4. D. h. t.

Veranstaltungen rein thatsächlicher Natur[87]; unter den ersteren insbesondere nicht nur Veräußerungen, sondern auch Begründung von Schulden[88]; ja sogar nicht nur privatrechtliche Handlungen[89], sondern auch das Gewähren processualer Vortheile[90].

Ebenso gleichgültig wie die Art der anzufechtenden Handlung ist auch die Zeit derselben: sie kann vor oder nach der Konkurseröffnung stattgefunden haben. Das Letztere wird freilich bestritten; von älteren Schriftstellern[91], welche der Meinung sind, daß im römischen Recht mit der immissio creditorum in bona debitoris der Schuldner die rechtliche Verfügungsfähigkeit verloren habe, schon für das römische Recht; von Francke[92] unter Hinweis darauf, daß wenigstens im gemeinen Konkursrecht mit der Konkurseröffnung eine Art Handlungsunfähigkeit des Cridars eintrete, jedenfalls für das gemeine Recht. Jedoch bei dieser Beweisführung verwechselt man Anfechtbarkeit im Sinne der exceptio pacti de non petendo mit Anfechtbarkeit im Sinne der actio Pauliana; die „anfechtbare" Handlung braucht überhaupt kein Rechtsgeschäft zu sein, geschweige denn ein an sich gültiges Rechtsgeschäft: Man denke an die Nichtunterbrechung der Verjährung[93].

§ 6. Die Identität des Vermögens.

Schon bei Gelegenheit unserer rechtsgeschichtlichen Erörterung ist des Umstands gedacht worden, daß die Formel des interdictum fraudatorium eine dem auf die actio Pauliana bezüglichen Edikt fremde Bestimmung enthält, welche mit den Worten ausgedrückt wird: »in

87) l. 25 § 7 D. h. t.; vergl. Windscheid § 463 Note 6.

88) l. 25 D. de reb. auct. jud. 42, 5; l. 3 p. D. h. t. (A. M. Huschke XIV, S. 26 flg.; Voigt S. 788 Note 752. Gegen diese Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patrons S. 104 Note 23.

89) Hier vergl. z. B. R. O. H. G. Entsch. XVII, no. 63; l. 10 § 15, l. 12, l. 17 p. l. 18 D. h. t.

90) l. 9 § 5 D. de jure jurando XII, 2 (Eideszuschiebung!); Windscheid § 463 Note 34 a. E. (Nichtgeltendmachung des benef. competentiae); l. 3 p. und § 1 D. h. t. (Versäumniß von Terminen).

91) Dabelow S. 381; Reinhardt, Verm. Aufsätze, 2. Heft, S. 108. Die Argumentation beider ist höchst sonderbar.

92) Arch. f. d. civil. Praxis XVI, S. 129.

93) Im Resultat stimmt Windscheid § 463 Note 28 mit uns überein.

bonis, quibus de agitur« (sc. quae Lucius Titius — d. i. der Schuldner — in bonis, q. d. a., fecit). Offenbar wird in diesen Worten verlangt, daß der Schuldner in Bezug auf das Vermögen gehandelt haben müsse, um welches es sich handelt [94]; daß unter diesem letzteren dasjenige zu verstehen ist, in welches die Gläubiger immittirt worden sind, behaupten wir einstweilen; bewiesen wird es später werden [95].

Es fragt sich, was dieses Erforderniß sagen will. Darauf geben uns die Quellen die unzweideutige Antwort, daß demselben in der Regel nicht genügt sei, wenn in der Zwischenzeit zwischen der Vornahme der angefochtenen Handlung und der Geltendmachung der Anfechtbarkeit das schuldnerische Vermögen in Folge Erbgangs an einen Andern gefallen sei [96]. Offenbar gehen die Quellen hier davon aus, daß die Identität des Vermögens durch die Vermischung, welcher in Folge der Vererbung die Güter des Erben und des Erblassers anheim fallen, zerstört werde. Dies beweisen auch die Ausnahmen von jener Regel. Sie leidet nämlich keine Anwendung in vier Fällen, welche zugleich die einzigen sind, in denen trotz Erbfalls eine Vermischung der angegebenen Art nicht eintritt; also wenn der Erbe vorher vermögensunfähig war [97]; oder wenn er sich des beneficium abstinendi bedient oder mit Erfolg die in integrum restitutio gegen den Erbschaftsantritt nachgesucht hat; und endlich, wenn die Gläubiger vom beneficium separationis Gebrauch gemacht haben [98].

Diese ganze, in l. 10 §§ 9—11 D. h. t. enthaltene, in der Literatur aber meist ignorirte [99] Lehre wird gegenwärtig in einer sich seltsam widersprechenden Weise beurtheilt. Huschke [100] hält sie für so selbstverständlich, daß sie schon im classischen Recht auch betreffs der actio Pauliana habe gelten müssen, wenn dies auch im Edikt nicht

94) Vergl. Windscheid § 463 bei Note 12; Reinhart, Verm. Aufs. Heft 2, S. 127; Hasenbalg S. 3.

95) Vergl. unten § 9 a. Anf.

96) l. 10 §§ 9—11 D. h. t.

97) l. 10 § 10 D. h. t.: Idem et in servo necessario.

98) l. 10 §§ 9—11 D. h. t.

99) Vergl. z. B. Fischer S. 3 flg.; Laspeyres S. 93 flg. erblickt in l. 10 § 10 cit. eine analoge Anwendung der Grundsätze der a. P. auf die alienatio pupilli, der sich später abstinirt.

100) Huschke XIV, S. 89.

ausdrücklich angeordnet gewesen sei. Dagegen erscheint sie dem Verfasser der Motive zur deutschen Gemeinschuldordnung[101]) so absonderlich, daß er sie als heutiges Recht — im Sinne der Zeit vor dem 1. Oktober 1879 — nicht gelten lassen will, weil nach diesem heutigen Recht der Nachlaß immer eine für sich bestehende Gemeinmasse bilde, als deren Gemeinschuldner der Erblasser gedacht werde.

Beides ist nicht richtig. Die betreffenden Satzungen sind weder selbstverständlich — woraus sollten sie sich von selbst ergeben? — noch hängen sie mit der vorjustinianischen unbeschränkten Haftung des Erben für kontraktliche Schulden des Erblassers zusammen, wie die Motive behaupten zu wollen scheinen[102]). Denn durch die jetzige beschränkte Haftung wird eine Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben weder überhaupt, noch auch nur in ihren Wirkungen den Gläubigern gegenüber ausgeschlossen, zumal da ja die Aktiven des Nachlasses an sich auch den Gläubigern des Erben haften.

Gleichwohl ist den Motiven soviel zuzugestehen, daß unser Rechtsgefühl in diesem Punkte vom römischen Recht etwas fremdartig berührt wird. Vielleicht ist folgender Versuch einer historischen Erklärung nicht unstatthaft.

Das fragliche Erforderniß ist zuerst im interdictum fraudatorium aufgestellt worden; es liegt also der Gedanke nahe, daß es in Zusammenhang mit den Eigenthümlichkeiten des Interdiktenverfahrens steht.

Nun war unter diesen Eigenthümlichkeiten die wesentlichste, daß der Prätor bei Beginn des Verfahrens durch einen an den Beklagten gerichteten Befehl dessen sofortige Nachgiebigkeit herbeizuführen versuchte. Ein Gelingen dieses Versuchs war in der Regel nur dann an-

---

101) Motive S. 185 Note 1.

102) Die Motive wollen wohl sagen, daß in Folge der jetzt gemeinrechtlich geltenden beschränkten Haftung des Erben eine eigentliche Vermischung der Vermögen nicht eintrete. Freilich ist aus den Motiven um so weniger klar zu werden, als sie zur Erhärtung ihrer Ansicht sich auf die l. 2 D. de separat. 42, 6 berufen, welche mit der Frage nicht das Mindeste zu thun hat. (Diese Stelle lautet: Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur; utique si nulla fraudis incurrat suspicio. Nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.) Offenbar wird hier überhaupt nicht an fraudulose Veräußerungen des Erblassers, sondern an einen vom Erben vorgenommenen Erbschaftsverkauf gedacht.

zunehmen, wenn der Beklagte überzeugt war, er sei im Unrecht und werde, wenn er es auf den Prozeß ankommen lasse, unterliegen. Zur gedeihlichen Anwendung des Interdikts war also eine gewisse Einfachheit des betreffenden Rechtsfalls, ein gewisser Grad von Voraussehbarkeit des Ausgangs erforderlich.

Es weiß aber jeder, der Gelegenheit gehabt hat, den Verlauf von Anfechtungsprozessen zu beobachten, daß diese an Schwierigkeit der Durchführung, an Unsicherheit des Ausgangs fast jede andere Art von Rechtsstreitigkeiten übertreffen. Wenn gleichwohl die Römer das Interdiktenverfahren auf sie anwendeten, so konnten sie das nur in der Hoffnung thun, durch die Feierlichkeit des prätorischen Befehls das Gewissen des Beklagten zu erschüttern; daß derselbe von der Vergeblichkeit seines Widerstandes überzeugt sein werde, war nicht vorauszusetzen.

Nun war weiter vom Gewissen des Beklagten nur dann etwas zu erwarten, wenn dieser selbst sich nicht unklar darüber sein konnte, daß in der That in Folge seines Vorgehens die Gläubiger Schaden erleiden müßten. Das wußte er, sofern es dabei auf die Vermögensverhältnisse dessen ankam, mit dem er — conscius fraudis ejus — contrahirt hatte; war dagegen inzwischen ein Erbe an die Stelle des ursprünglichen Schuldners getreten, so konnte der Beklagte sich leicht einbilden oder einreden, daß durch dessen Vermögen die Ueberschuldung des Nachlasses ausgeglichen sei. In solchen Fällen wäre also das Interdikt aussichtslos gewesen; es wurde daher auf sie nicht angewendet.

Wie ist aber Justinian dazu gekommen, das »in bonis, quibus de agitur« in seinem Anfechtungsrecht, das kein Interdiktenverfahren kannte, beizubehalten?

Vielleicht erfordert dies keine besondere Erklärung; er hat soviel veraltete Satzungen ohne Grund beibehalten, daß man ihm dies auch im vorliegenden Fall zutrauen darf. Es läßt sich aber auch recht wohl ein Grund denken, welcher die Compilatoren bestimmen konnte, die Anfechtbarkeit in der Richtung, welche durch die Worte »in bonis, quibus de agitur« angegeben wird, zu beschränken, nämlich das oben in der Einleitung hervorgehobene Interesse des Verkehrs daran, das Vorhandensein einer Anfechtbarkeit wenn auch nicht wahrnehmen, so doch wenigstens vermuthen zu können. Wie leicht wird durch einen Erbfall eine bisher notorische Ueberschuldung zu etwas Ungewissem!

§ 7. Der Benachtheiligungswille des Schuldners.

An vierter Stelle ist unter den Voraussetzungen der actio Pauliana von dem auf Benachtheiligung der Gläubiger gerichteten Willen des Schuldners zu handeln[103]. Zunächst sind hier die Meinungen derer zu widerlegen, welche etwas Anderes als diesen Willen fordern; sodann wird Einiges über Inhalt und rechtliche Bedeutung desselben zu sagen sein.

I.

Was das zuerst Erwähnte angeht, so giebt es Schriftsteller, die nicht ganz so viel fordern als wir; andere, die mehr fordern. Nicht ganz soviel verlangen diejenigen, die sich an culpa lata genügen lassen; mehr diejenigen, welche meinen, es sei nöthig, daß die Schädigung der Gläubiger Motiv für den Schuldner sei. Denn Motiv für den Willen ist etwas anderes, und zwar etwas mehr, als der Wille selbst. Man will, was man als die Folge einer Handlung voraussieht, wenn man diese gleichwohl vornimmt; jene Folge wird Motiv, wenn man deshalb handelt, um sie hervorzurufen; Willensinhalt ist sie schon dann, wenn man handelt, obwohl die vorausgesehene Folge unerwünscht ist[104].

Beschäftigen wir uns zunächst mit denen, welche weniger fordern als wir[105]. Diese behaupten nicht, daß in den von der actio Pauliana handelnden Quellenstellen irgendwo culpa lata als ausreichend bezeichnet werde; sie berufen sich aber auf den allgemeinen Satz: Culpa lata dolo aequiparatur

Hier wird ihnen von Otto[106] entgegen gehalten, daß dieser Satz sich nicht auf Delikte beziehe. Hinsichtlich der Ersatzklagen aus Delikten ist dies wohl zu weit gegangen[107], und gerade Ersatz ist bei der actio Pauliana in Frage.

So ist in der That culpa lata ausreichend? Besinnen wir uns: Wer soll denn mit der actio Pauliana belangt werden? Der Schuld-

---

103) l. 1 p., l. 10 p. D. h. t.; u. a. m.

104) Betreffs des Näheren kann hier auf die Darstellung von Otto S. 97—100 verwiesen werden.

105) Scheurl in Krit. V. J. Schrft. II, S. 444; Fischer S. 65 (hypothetisch); Schönemann S. 38.

106) Otto S. 108.

107) Vergl. Windscheid, Wille und Willenserklärung, S. 32 flg.

ner? Der, von dessen dolus oder culpa lata wir hier sprechen? In vereinzelten Fällen, ja. Aber im Allgemeinen handelt es sich darum, unter gewissen Voraussetzungen für die dolose Handlungsweise des Schuldners dritte Personen haftbar zu machen. Auf solche Fälle bezieht sich der Satz: Culpa lata dolo aequiparatur nicht. Er bedeutet nur, daß von Jemandem, der culpa lata einen Schaden zugefügt hat, Ersatz ebenso gut gefordert werden könne, wie von dem, welcher arglistig verfahren ist.

Wir kommen also zu dem Ergebniß, daß die Ansicht, von der wir jetzt sprechen, zwar im Wesentlichen, aber nicht gänzlich zu mißbilligen ist. Wenn nämlich mit der actio Pauliana der Schuldner selbst belangt werden soll, so wird man sich an culpa lata desselben um so mehr genügen lassen können, als er ja im Vertragsverhältnisse zu den Gläubigern steht; richtet sich aber die Anfechtung gegen einen Dritten, so ist rechtswidriger Vorsatz des Schuldners nöthig.

Soviel von der Ansicht derer, welche weniger als Benachtheiligungswillen fordern. Unter denen, die mehr verlangen, begründet Fischer[108] seine Ansicht am eingehendsten.

Derselbe beruft sich, abgesehen von Wortspaltereien[109] und einer willkürlichen analogen Anwendung von l. 9 D. de alien. jud. mut. causa IV, 7, nicht ohne Schein auf l. 43 § 7 D. de aedil. edicto XXI, 1[110].

Machen wir uns vorerst klar, wie das Verhältniß von Motiv und Wille im Fall einer den Gläubigern nachtheiligen Veräußerung liegen kann. Dreierlei ist denkbar: der Schuldner veräußert aus Haß gegen die Gläubiger, um ihnen zu schaden; oder er veräußert aus Eigennutz

---

108) Fischer S. 5; seiner Ansicht sind: Schweppe, System des Konkurses 3. Aufl. § 33, S. 64; Laspeyres S. 52; Seuff. VII, 268 (Lübeck); XXVIII, 93 (Wolfenbüttel). Für uns z. B. Windscheid § 463 Note 10; Dernburg, Pfandrecht I, S. 199; Günther in Weiske's R. Lexic. II, S. 781; Hasenbalg S. 41; Schönemann S. 42; sehr eingehend Otto S. 97 flg.; Krische S. 605 flg.; Seuff. III, 249 (Oldenburg; dem Ausdruck nach gegen uns); XII, 227 (Kiel); XXXI, 88 (R. O. H. G.); Reinhart hat S. 105 eine andere Ansicht als S. 107.

109) S. gegen diese Otto S. 97 flg.

110) Si quis, cum consilium iniisset fraudandorum creditorum, redhibuerit, non redhibiturus alias nisi vellet eos fraudare, tenetur creditoribus propter mancipium venditor.

oder Liebe zu seinen Angehörigen, weil er diesen oder sich selbst den Vortheil sichern will, welcher die nothwendige Kehrseite des Nachtheils der Gläubiger bildet; oder endlich, er veräußert zum Schaden der Gläubiger aus einem Motiv, welches er auch haben könnte, wenn er gar keine Gläubiger hätte: Er spielt hoch, weil ihm das Spiel gefällt.

Die l. 43 cit. befreit offenbar den zweiten dieser Fälle nicht von der Anfechtung; denn auch in ihm kann man sagen: Redhibet non redhibiturus alias, nisi vellet eos fraudare[111]). Dagegen wird, äußerlich angesehen, der dritte Fall durch dieses Gesetz allerdings vermöge eines argumentum a contrario unanfechtbar gelassen. Aber eben, äußerlich angesehen. Denn eine Redhibition, die Jemand auch ohne das Motiv, die Gläubiger zu schädigen, vorgenommen hätte, wird in der Regel die Rückgängigmachung eines unvortheilhaften Kaufes sein, also an sich den Gläubigern sogar Nutzen bringen. Freilich sind andere Fälle nicht undenkbar; z. B. Redhibition eines unvortheilhaften Kaufs in der Absicht, den Gläubigern den zurück erworbenen Kaufpreis zu entziehen. Kann man aber darauf, daß Paulus bei dieser rein gelegentlichen Aeußerung nur den nächstliegenden Fall in's Auge gefaßt hat, einen zuverlässigen Rückschluß gründen? (Vergl. Windscheid, Lehrbuch § 22, Note 7.)

Völlig widerlegt wird Fischer durch die l. 15 p. D. h. t. Hier umschreibt Julian das »fraudandi causa« in folgender Weise:

Si quis, cum [haberet Titium creditorem et] sciret, [se solvendo non esse, libertates] dederit [testamento].

II.

Wir wenden uns zum Inhalt des schuldnerischen Willens. Unter Inhalt des Willens verstehen wir hier den Inhalt der Vorstellung vom Erfolge eines Thuns, welche sich der Wollende macht. Bei keinem Delikt ist es nöthig, daß der Thäter zur Zeit der That sich in allen Einzelheiten den Erfolg vergegenwärtigt habe. Wollte man dies for-

111) Ueberdies wäre im Fall der l. 17 § 1 D. h. t. (Verschenkung des ganzen Vermögens an liberi naturales) die dort aufgestellte Präsumtion der Benachtheiligungsabsicht sinnlos, wenn das Präsumirte der Haß gegen die Gläubiger sein sollte; diese Stelle sieht also offenbar mindestens den Willen, Angehörige auf Kosten der Gläubiger zu bereichern, als genügend an. — Die l. 17 § 1 D. cit. enthält übrigens weder eine Fiction noch eine gesetzliche Präsumtion, sondern stellt lediglich eine ganz unabweisbare faktische Vermuthung auf, die auch gelten würde, wenn sie nirgends gesetzlich fixirt wäre.

dern, so würde man nie Jemanden verurtheilen können; denn so vollständig ist die Vorstellung von etwas Zukünftigem nie, daß sie gleichsam dessen Photographie bildete. So ergiebt sich bei jedem Delikt die Frage: Wieviel muß sich der Thäter vom Erfolg vergegenwärtigt haben, damit ihm dieser zugerechnet werden könne?

Betreffs fraudulöser Veräußerungen haben wir auf diese Frage eine allgemeine und eine besondere Antwort zu geben.

Die allgemeine geht dahin: Der Thäter muß wissen, daß er in Folge von Ueberschuldung — in dem in § 4 entwickelten Sinne — seine Gläubiger nicht rechtzeitig [112]) werde befriedigen können.

Diese Antwort scheint selbstverständlich zu sein; es ist jedoch eine ihr widersprechende Meinung weit verbreitet [113]). Nach der letzteren kommt es ausschließlich auf das Bewußtsein von vorhandener oder durch die betreffende Handlung zu bewirkender Ueberschuldung an. Diese Ansicht bildet mit einer andern, welcher wir schon widersprechen mußten, eine gewisse Einheit; nämlich mit der, daß die Schädigung der Gläubiger mit der bloßen Thatsache der Ueberschuldung ohne weiteres gegeben sei [114]), auf ein dadurch veranlaßtes Ausbleiben der rechtzeitigen Befriedigung aber es nicht ankomme.

Wir haben gefunden, daß diese letztere Behauptung, für sich angesehen, auch nicht einen Schatten von Beweis für sich hat. In ihr liegt aber auch nicht der Schwerpunkt der Gesammtauffassung, sondern vielmehr in dem, was wir jetzt betrachten. Hier nämlich können unsere Gegner auf den Wortlaut von Quellenstellen sich berufen; und hätten sie hier Recht, so würde die Richtigkeit ihrer anderen Behauptung die nothwendige Folge sein.

Die betreffenden Stellen bezeichnen einerseits den fraudulos veräußernden Schuldner schlechthin als einen »qui solvendo non sit« (l. 6 § 11 und § 12 D. h. t.), ohne etwas Ausdrückliches über seine Willensrichtung zu bemerken; andererseits giebt die oben von uns angeführte l. 15 D. h. t. als den Inhalt des Wissens, welches für den dolus erfordert wird, an: scire, se solvendo non esse [115]).

---

112) Vergl. oben § 4 unter III.

113) Citate s. bei Otto S. 103 und S. 104.

114) S. oben § 4 unter III.

115) Ueber l. 10 D. qui et a quibus manumissi 40, 9 vergl. unten bei Note 140.

Wir haben oben gesagt, der Wortlaut dieser Stellen spreche gegen uns. Vielleicht haben wir damit zu viel zugegeben; denn überschuldet sein und solvendo non esse ist nicht dasselbe. Wir behaupten nicht, daß solvendo non esse „zahlungsunfähig sein" im Sinne des Reichskonkursrechts bedeute; es bezeichnet aber den Zustand der hoffnungslosen Ueberschuldung, nicht den der Ueberschuldung schlechthin. Denn nicht diese, nur jene vernichtet die Aussicht der Gläubiger auf Zahlung.

Indeß es ist unnöthig, uns mit dem Sinn einzelner Worte zu befassen. Mögen immerhin jene Stellen Ueberschuldung im Auge haben, jedenfalls gedenken sie derselben nur nebenbei. Es spricht nichts dafür, daß sie von ihnen als das allein Wesentliche betrachtet wird; ihre Erwähnung kann recht gut zur blos ungefähren Andeutung der regelmäßigen Sachlage dienen sollen[116]). Da nun nach dem Zwecke der Anfechtung vernünftiger Weise es nur auf einen wirklichen Schaden der Gläubiger, nicht auf einen bei vorhandener Ueberschuldung ohne weiteres fingirten ankommen kann; da ferner die abweichende mechanische Auffassung im Edikt selbst nicht die mindeste Stütze findet, — so ist auch nicht vorauszusetzen, daß die römischen Juristen sie gehabt hätten, und daß die angeführten, ganz gelegentlichen Redewendungen der Ausdruck einer den Sinn des Edikts verändernden Auslegung sein sollten.

Es kommt aber noch ein besonderer Umstand hinzu: Die l. 15 D. cit. bezieht sich auf Freilassungen, die l. 6 § 11 D. cit. auf Schenkungen; beides offenbar schon an sich Geschäfte, welche ein Ueberschuldeter redlicher Weise nicht wohl vornehmen kann. Wenn also in der ersteren Stelle die Benachtheiligungsabsicht mit scire, se solvendo non esse bezeichnet, in der letzteren sogar mit »qui solvendo non sit« nur angedeutet wird, so hat das seinen besonderen guten Grund oder könnte ihn wenigstens haben. Für die l. 6 § 12 cit. besteht freilich ein solcher besonderer Grund nicht; indeß die obigen allgemeinen Betrachtungen möchten wohl ausreichen.

Der hiermit von uns gewonnene Satz, daß es auf das Bewußtsein, die Gläubiger zu schädigen, nicht auf das Bewußtsein der Ueber-

116) Insbesondere tragen die betreffenden Aeußerungen der l. 6 § 11 und § 12 D. h. t. den Charakter einer bloßen Skizze der Verhältnisse um so deutlicher an sich, als mit dem »qui solvendo non sit« fast sämmtliche Voraussetzungen der Anfechtbarkeit wiedergegeben werden.

schuldung ankommt, läßt sich in einer andern Weise ausdrücken, in welcher er sich als ein praktisch sehr wichtiges Ergebniß zeigt: Wer, wenn er auch überschuldet ist, als Wirkung einer Veräußerung einen Nachtheil der Gläubiger nicht erwartete, sondern hoffte, die letzteren sämmtlich [117]) voll und rechtzeitig zu befriedigen, hat deren Schaden nicht gewollt; seine Handlungen sind also unanfechtbar [118]). Ein praktisch sehr werthvolles Ergebniß, sagen wir; denn es giebt manchen braven und strebsamen Mann, der seine ganze wirthschaftliche Existenz im Zustand der Ueberschuldung beginnt; dessen Fleiß man geradezu knebeln würde, wenn man seine Geschäfte als fraudulose ansehen wollte [119]).

Es findet sich indeß die Meinung [120]), daß hier nicht etwas praktisch Heilsames, sondern etwas praktisch Unerträgliches vorliege, was das ganze Anfechtungsrecht werthlos mache. Man scheint dabei von dem Gedanken auszugehen, daß Jeder sagen könne, er habe gehofft, sich wieder in die Höhe zu bringen. Gewiß, sagen kann das Jeder; kann es aber auch Jeder beweisen? Kann es insbesondere der beweisen, dessen Hoffnung auf grober Fahrlässigkeit beruht? Welcher Richter wird ihm glauben, „daß er das nicht gewußt habe, was Alle wissen" [121])? Alle Beweisführung für innere Zustände, wie Wille, Hoffnung, Fahrlässigkeit, ist nothwendig eine künstliche, und jeder Richter bildet sich über solche Vorgänge, so lange nicht besondere, entgegen stehende Thatsachen dargethan werden, in der Weise eine Ueberzeugung, daß er sich fragt: Was würde ich an Stelle des Schuldners angesichts der Sachlage gedacht haben?

Hierzu kommt noch, daß die Hoffnung, welche den dolus ausschließt, nicht diejenige ist, den bewirkten Schaden zu ersetzen, sondern

---

117) Vergl. unten bei Note 134.

118) So auch Dernburg, Pfandrecht I, S. 199; Unterholzner II, S. 94 Note f.; Windscheid § 463 Note 10; Reinhart S. 105.

119) Was nicht eindringlicher vorgestellt werden kann als mit den schlichten Worten des sächsischen Landtagsgutachtens, welches der decisio XXV vom Jahre 1746 vorausging. Vergl. Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwaltung N. F. III, S. 223; Otto S. 103 flg.

120) Scheurl, a. a. O. (vergl. oben Note 105).

121) l. 213 § 2 D. de verb. sign. L. 16: Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt.

die, einen solchen Schaden gar nicht zu verursachen. Nach dem, was wir oben [122]) über die Zeit des Eintritts der Benachtheiligung gesagt haben, muß also der Schuldner hoffen, nicht nur daß er überhaupt dereinst werde bezahlen können, sondern auch daß er von keinem [123]) seiner Gläubiger vergebens werde gemahnt werden. Diese Hoffnung wird ein überschuldeter Schuldner nur haben können, wenn er glaubt, daß er wohlwollende Gläubiger habe, die seiner Tüchtigkeit vertrauen und ihn nicht unnöthig drängen werden, oder daß unter seinen Gläubigern wenigstens so viel wohlwollende sind, daß er mit deren Hülfe sich der etwa ungeduldigen nöthigenfalls entledigen könne.

Wir haben auf die Frage, welchen Inhalt der Benachtheiligungswille des Schuldners haben müsse, noch eine besondere Antwort zu geben. Es ist nämlich noch zu erörtern, ob der Schuldner gewußt haben muß, welche Gläubiger oder wenigstens — man denke an Erbgang und Cession — welche Forderungen der Nachtheil treffen werde.

Wir haben schon oben [124]) diese Frage verneint und zugleich berichtet, daß sie von der herrschenden Meinung bejaht wird; wir wollen versuchen, den Beweis, den wir gegen diese Meinung oben zu führen begonnen haben, jetzt zu beendigen.

Hier kommt Alles auf die Auslegung der l. 10 § 1 D. h. t. an [125]). Diese Stelle lautet:

> Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Ceterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit et alios sortitus est, si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio; si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit, revocationi locum fore . . etc.

Wer lesen kann, wird nicht bestreiten, daß der Wortlaut dieser

---

122) § 4 unter III.

123) Vergl. unten bei Note 134.

124) Vergl. oben § 4 bei Note 63 flg.

125) Vergl. auch l. 15, l. 16 D. h. t., von denen ganz das von l. 10 § 1 cit. zu Sagende gilt.

Stelle der herrschenden Meinung günstig ist: Es wird als Regel bezeichnet, daß die Gläubiger geschädigt werden müssen, welche der Schuldner im Sinne gehabt hat; davon wird für einen bestimmten Fall, der oben [126]) ausführlich auseinandergesetzt worden ist, eine Ausnahme aufgestellt.

Indeß es machen sich bei näherer Erwägung zwei Bedenken geltend. Einmal: Wie kommt die römische Jurisprudenz auf diese Regel, und wie gelangt Marcellus zu seiner Idee betreffs der Ausnahme? Sodann: Wie erklärt es sich, daß die priores creditores ganz ohne weiteres als identisch angesehen werden mit denen, »quorum fraudandorum causa fecit«?

Das erste dieser Bedenken stützt sich darauf, daß l. 10 § 1 cit. sowohl wegen seines unmittelbaren Anschlusses an das in l. 10 p. wiedergegebene Edikt, als auch auf Grund der wiederholten ausdrücklichen Bezugnahme auf Ediktsworte in l. 10 §§ 2 flg. als ein Commentar zu diesem Edikt erscheint. Wo ist nun in dem letzteren der mindeste Anhalt für jenen anscheinend als Regel bezeichneten Satz zu finden? Oder wo ist in den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts irgend etwas enthalten, was die römischen Juristen hätte veranlassen können, den Ediktsworten »fraudandi causa« — die gewiß so allgemein lauten, als nur möglich — die Beziehung auf bestimmte Forderungen als selbstverständlich beizulegen? Es handelt sich augenscheinlich um ein Delikt der Vermögensbeschädigung: Verlangt nun z. B. das römische Recht von einem fur, der eine Cassette mit hinterlegten Geldern stiehlt, daß er wisse, wem die deponirten Summen gehören, oder wenigstens, es habe jede von ihnen einen anderen Eigenthümer? Haben die wirklichen Eigenthümer die actio furti nicht, wenn der Dieb glaubte, das Geld gehöre dem Depositar?

Lauter Fragen, die zu verneinen sind; lauter Fragen, wegen deren nothwendiger Verneinung die anscheinend in l. 10 § 1 D. cit. aufgestellte Regel höchst sonderbar sich ausnimmt [127]).

---

126) § 4 bei Note 66.

127) Diese Erwägungen scheint auch Otto gemacht zu haben, wenn er S. 102 Abs. 1 meint, es sei für den dolus-Begriff nicht wesentlich, daß der Schuldner bestimmte Persönlichkeiten aus der Mitte seiner Gläubiger in's Auge gefaßt habe; aber freilich, S. 143 letzt. Abs., S. 145 lehrt er hinsichtlich des positiven römischen Rechts das Gegentheil.

Wie steht es nun mit der angeblichen Ausnahme?

Die Motive[128]) zur deutschen Konkursordnung haben schon darauf hingewiesen, daß die Gläubiger, quorum pecunia priores dimissi sunt, in keiner anderen Lage sich befinden, als alle anderen, welche, ohne daß der Wille des Schuldners auf sie speziell gerichtet gewesen wäre, doch wirklich geschädigt sind; und zwar haben die Motive auf Grund dieser Erwägung vom legislativen Standpunkt aus die Entscheidung des Marcellus bemängelt. Durch diese, an sich begründete, Kritik wird aber nicht das römische Recht getroffen, sondern die herrschende, von den Motiven selbst getheilte Auffassung desselben.

Wir kommen zu dem zweiten der angeregten Bedenken. Man braucht nicht an geheimnißvolle Geschichten von verlorenen und wiedergefundenen Urkunden zu denken, um sich den Fall als möglich vorstellen zu können, daß ein Schuldner mehrere seiner Gläubiger nicht kennt. Jeder Jurist weiß von Schädenklagen zu berichten, bei denen es zweifelhaft ist, ob das Verhalten des Beklagten, auf welches sie gestützt sind, sich als schuldhaft bezeichnen läßt; oder von Kontraktsklagen, die sich auf einen Vertrag gründen, vor, bei und nach dessen Abschluß die Parteien soviel geredet haben, daß schließlich kein Mensch mehr zu sagen weiß, was wirklich vereinbart worden ist; oder von sonstigen Fällen, bei denen offenbar ebenfalls beide Parteien in bona fide sind. Wie kann man also, wenn man spezielle Richtung des Schädigungswillens fordert, ohne weiteres die creditores priores als diejenigen bezeichnen, »quos fraudare voluit«?

Alle diese Schwierigkeiten fallen weg, wenn man der l. 10 § 1 D. cit. unsre Ansicht über den Schaden der Gläubiger[129]) und über den Inhalt des Benachtheiligungswillens zu Grunde legt.

---

128) S. 187. — Auch das Erkenntniß Seuff. XXV, 95 (Lübeck) fühlt das Irrationelle, was vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus in l. 10 § 1 D. h. t. liegt. In diesem Urtheil wird daher gefordert, daß die späteren Gläubiger den Uebergang der actio Pauliana sich ausdrücklich von den früheren haben ausbedingen müssen. Davon steht aber kein Wort in der Stelle; und wie soll diese Ansicht auf die (analogen) l. 15, l. 16 D. h. t. Anwendung leiden, wo die Folge des Schadens der Gläubiger nicht die Entstehung einer cessibeln Forderung, sondern einfach Nichtigkeit der Veräußerung ist (nach der lex Aelia Sentia, Gajus I, 37), und es einer actio Pauliana an jedem Gegner fehlen würde? (Die nichtig freigelassenen Sklaven sind nicht parteifähig).

129) Vergl. oben § 4 bei Note 60 flg.

Was das soeben Erörterte anlangt, so geht dann die Stelle davon aus, daß der Schuldner regelmäßig alle diejenigen schädigen will, die zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung seine Gläubiger sind. Diese sind es dann, quos fraudare voluit, auch wenn er im Einzelnen an den oder jenen unter ihnen nicht gedacht, von dem oder jenem nichts gewußt hat.

Und wie steht es mit jener Regel und Ausnahme? Sie geben nicht den eigentlichen Rechtsgedanken wieder, sondern sie sind Handhaben für den Gebrauch desselben. Faßt man den Schadensbegriff in der von uns vertretenen Weise, so sind allerdings die wirklich geschädigten Gläubiger meistens [130]) die »creditores priores, quos fraudare voluit«, in dem soeben bezeichneten allgemeinen Sinne. Aber diese allgemeine Uebereinstimmung von Wille und Erfolg betreffs der geschädigten Forderungen ist auch in dieser Allgemeinheit nicht wesentlich; und in dem einzigen [131]) Fall, wo Gläubiger im ökonomischen Sinne geschädigt werden, ohne daß sie vorliegt, wird unbedenklich von ihr abgesehen.

Marcellus hat also nicht das Prinzip des edictum Paulianum bestimmen und eine Ausnahme davon machen wollen; er ist verfahren wie einer, der Unterricht im Schießen giebt. Ein solcher sagt nicht: Man muß das Gewehr so halten, daß die Flugbahn des Geschosses durch das Ziel geht; sondern: Man muß das Auge mit Korn und Visir und Zielpunkt in eine gerade Linie bringen. Wer aber diese Anweisung nach dem Wortlaut zu befolgen für genügend erachtete, ohne sich um ihre Gründe zu kümmern, und vielleicht den Schaft des Gewehres nach oben, den Lauf nach unten gewendet halten wollte, würde trotz der besten Visirung etliche Meter zu tief treffen. Es ist übrigens eine bekannte Sache, daß die Regeln der römischen Juristen öfters dieser Art sind, daß sie nicht selten keinen Anspruch darauf erheben, prinzipiell korrekt in der Fassung zu sein [132]).

Aus dem Gesagten ergiebt sich eine wichtige, schon oben [133]) angedeutete Folge: Diejenigen Momente des Begriffs „Schaden der Gläu-

130) Vergl. oben § 4 bei Note 66 flg.
131) Vergl. oben § 4 bei Note 66 flg.
132) Windscheid § 78 Note 1a; § 421 Note 1; § 612 Note 19 i. med.
133) Vergl. oben bei Note 117 und 123.

biger", welche sich auf den Schaden gerade des jeweiligen einzelnen[134]) Klägers beziehen, braucht der Schuldner zur Zeit der Veräußerung nicht vorausgesehen zu haben; insbesondere sind alle schließlich benachtheiligten Gläubiger klagberechtigt, wenn der Schuldner bei Vornahme der Veräußerung auch nur von einem einzigen erwartete, daß derselbe zur Zeit der Fälligkeit seiner Forderung erfolglos mahnen würde[135]).

III.

Soviel vom Inhalt des Benachtheiligungswillens[136]). Betreffs der rechtlichen Bedeutung desselben ist zweierlei hervorzuheben: Um überhaupt rechtlich erheblich zu sein, muß jener Wille wirksam sein; um insbesondere zur Begründung der Anfechtbarkeit verwerthet werden zu können, muß er rechtswidrig sein.

Der erste dieser beiden Sätze bezieht sich auf die Nothwendigkeit des subjektiven Kausalzusammenhangs zwischen Willen des Schuldners und Schaden der Gläubiger. Dieser subjektive Kausalzusammenhang setzt die objektive ursächliche Verbindung in dem oben[137]) angegebenen Sinne — zwischen dem Verfahren des Schuldners und dem Nachtheil der Gläubiger — voraus; keineswegs aber ist diese Verbindung das nämliche, wie jene; es ist möglich, daß eine Handlung, die auf einen gewissen Erfolg gerichtet war, objektiv zur Herbeiführung desselben beigetragen hat, ohne daß er dem Handelnden zugerechnet werden kann[138]).

Einige Schriftsteller[139]) scheinen aus der oben bekämpften Lehre, daß es nicht auf wirkliche Schädigung der Gläubiger, sondern auf Herbeiführung von Ueberschuldung ankomme, im Wege eines falschen Schlusses die sonach doppelt unrichtige Konsequenz ziehen zu wollen, daß subjektiver Kausalzusammenhang zwischen dem Willen des Schuld-

134) Vergl. oben § 4 bei Note 57—59.

135) Vergl. oben § 4 bei Note 78—79.

136) Gegen diejenigen, welche sich nicht einmal an der Richtung desselben auf bestimmte Forderungen genügen lassen, sondern persönliche Beziehung fordern, vergl. noch l. 1 § 27 D. si quid in fraudem 38, 5.

137) Oben § 5 bei Note 80—84.

138) Vergl. unten bei Note 146.

139) z. B. Hasenbalg S. 12—18. Dagegen Windscheid § 463 Note 10a; Otto S. 91 flg., sogar schon Dabelow S. 412.

ners und der Ueberſchuldung bez. dem Nachtheil der Gläubiger nicht genüge. Wenigſtens behaupten ſie, es ſei erforderlich, daß die Ueberſchuldung gleichzeitig mit der Vornahme der betreffenden Handlung des Schuldners eintrete oder vermehrt werde; es bleibt jedoch zweifelhaft, ob ſie damit etwas Beſonderes zu fordern meinen, oder ob ſie glauben, daß im anderen Falle es ſchon am ſubjektiven Kauſalzuſammenhang fehle.

Die letztere dieſer Meinungen würde wohl kaum einer Widerlegung bedürfen; die erſtere könnte auf l. 10 D. qui et a quibus manumissi 40, 9 ſelbſt dann nicht geſtützt werden, wenn dieſe Stelle, welche weiter nichts will, als ein für den Beweis des dolus wichtiges Moment hervorheben [140]), wirklich von unſerer Frage ſpräche. Denn wenn es hier heißt:

> In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est, vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse . . .,

ſo ſagen die letzten Worte doch nur: . . „oder „„durch““ die Freilaſſungen überſchuldet wird“; was aber hier „durch“ heißt, iſt ja gerade die Frage.

Man kann indeß auch nach der anderen Seite hin zu weit gehen. Es iſt richtig, wenn ein bekanntes Erkenntniß [141]) hervorhebt, daß der ſubjektive Kauſalzuſammenhang dann nicht fehle, wenn der Schuldner mit der Wirkung von Ereigniſſen gerechnet habe, deren Eintritt er erſt noch erwartete, die noch nicht geſchehen waren, als er handelte. Wenn aber dasſelbe Urtheil [142]) unter dieſe Ereigniſſe auch ſpätere Handlungen des Schuldners ſelbſt zählt, ſo iſt das, wenigſtens in dieſer Allgemeinheit, nicht haltbar. Vielmehr werden ſolche Handlungen in der Regel eine ſelbſtändige Wirkung beſitzen und ihrerſeits anfechtbar ſein [143]), den ſubjektiven kauſalen Zuſammenhang aber zwiſchen der früheren Handlung und dem Erfolg nicht ſowohl herſtellen, als viel-

---

140) Vergl. Otto S. 92 flg.

141) Seuff. V, 95 (Oldenburg).

142) Auch Otto S. 142. Dagegen Windſcheid § 463 Note 10a läßt, indem er auszugsweiſe jenes Urtheil anführt, die auf ſpätere Handlungen des Schuldners bezügliche Stelle weg.

143) Ob eine Anfechtung derſelben im gegebenen Falle etwas nützen würde, iſt für die Frage des ſubjektiven Kauſalzuſammenhanges natürlich gleichgültig.

mehr unterbrechen; eine Ausnahme hiervon bildet nur der Fall, wo die frühere und spätere Handlung zusammen ein „fortgesetztes Delikt", im Sinne des Strafrechts, ausmachen.

Weiterhin ist es mindestens eine unvorsichtige Ausdrucksweise, wenn Otto meint, es bedürfe auf Seiten des Schuldners keiner klaren Uebersicht darüber, welches die späteren Ereignisse sein würden, die in Verbindung mit seiner Handlung den Schaden der Gläubiger herbeiführten [144]; es sei nur erforderlich, daß er die Kausalität solcher Ereignisse in Betracht gezogen und gebilligt habe [145]. Man muß jenen von Otto aufgestellten Erfordernissen noch ein weiteres hinzufügen [146]; nämlich dies, daß die betreffenden späteren Ereignisse zur Zeit der anzufechtenden Handlung insoweit als wirklich bevorstehend angesehen werden durften, daß ihr Eintritt als Bestandtheil und Grundlage einer verständigen Berechnung gelten konnte: Es ist kein Mordversuch, wenn Jemand bei heiterem Himmel seinen Feind über Feld schickt, in der Hoffnung, daß derselbe vom Blitz erschlagen werde; und es liegt kein Mord vor, wenn dann wirklich ein Gewitter heraufzieht und der Wunsch des Schickenden in Erfüllung geht [147].

Mit diesen kurzen Andeutungen müssen wir uns hier begnügen. Die Lehre vom subjektiven Kausalzusammenhang ist von zu allgemeiner Wichtigkeit, als daß sie in einer Schrift, wie der vorliegenden, gelegentlich erledigt werden könnte; gehen wir daher zur Erörterung der Rechtswidrigkeit des schuldnerischen Willens über.

Das, was uns hier beschäftigen wird, ist nicht der Nachweis, daß dieser Wille rechtswidrig [148] sein müsse, — denn das ist selbstverständlich — sondern die Untersuchung, nach welchem Rechtssatz zu entscheiden ist, ob Rechtswidrigkeit vorliegt oder nicht. Die Meisten sind der Ansicht, daß das edictum Paulianum ein neues und allgemeines Verbot fraudulöser Veräußerungen enthalte; wir bestreiten das. Das Edikt knüpft an Rechtswidrigkeiten des Schuldners unter

144) Otto S. 106.

145) Otto S. 107. Gegen ihn auch Fitting S. 143 Note 2.

146) Die im Folgenden angedeutete Ansicht vom subjektiven Kausalzusammenhang verdanke ich Herrn Professor Dr. Wach; ebenso das angeführte Beispiel.

147) Dagegen liegt objektiver Kausalzusammenhang hier allerdings vor.

148) Durch Einwilligung der Gläubiger wird die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen: l. 6 § 9 D. h. t.

gewissen Voraussetzungen eine Haftung dritter Personen; nicht aber verbietet es dem Schuldner, was ihm ohne das Edikt erlaubt sein würde.

Die Frage hängt aufs Engste zusammen mit den bekannten Streitigkeiten über die Unanfechtbarkeit der Zahlungen und über den Grund dieser Unanfechtbarkeit. Es sind hier nicht mehr als acht [148a]) Meinungen zu unterscheiden; nämlich erstens die Gratifikationstheorie; zweitens die Meinung Laspeyres; weiter die unter sich verwandten, aber doch einander widersprechenden Theorien von Huschke, Francke, Vangerow, Fischer und Otto, und endlich eine von Windscheid und Dernburg mehr angedeutete als ausgeführte Ansicht, welche auch wir für die richtige halten.

Die Gratifikationstheorie beruhte auf der sonderbaren Meinung, daß die Bezahlung einer fälligen Schuld seitens eines Ueberschuldeten unter Umständen eine unentgeltliche Zuwendung und daher, ganz wie eine Schenkung, auch dann anfechtbar sei, wenn der Bezahlte die Benachtheiligungsabsicht des Schuldners nicht gekannt habe; und zwar verstand man unter Benachtheiligungsabsicht hier die Gratifikationsabsicht, d. h. den Zweck — nicht den bloßen Willen — des Schuldners, einen Gläubiger vor den anderen zu begünstigen, eine Willensrichtung, die man zugleich für den animus donandi gehalten zu haben scheint. Mit diesem Grundgedanken verknüpften sich allerhand Schnurren, die sich um so komischer ausnehmen, je gründlicher sie ausgebildet worden sind; z. B. die Lehre, daß man, wenn der Schuldner freiwillig zahlen wolle, dies nicht ohne weiteres annehmen dürfe, sondern ihm erst eine Weile, und zwar länger als diejenigen Gläubiger, denen er Befriedigung verweigert habe, mit Drohungen u. s. f. zusetzen müsse, u. dergl. m. Heute glaubt kein Mensch mehr daran [149]).

Laspeyres [150]) hält die Zahlung für eine oneröse Veräußerung,

---

148a) Neuerdings stellt Krische S. 586 eine neunte auf: Zahlung sei unanfechtbar, weil sie nicht Eingehung eines neuen, sondern Vollendung eines früheren Geschäfts sei; die Erfüllung der aus diesem entsprungenen Verbindlichkeiten könne zu einer rechtswidrigen Handlung nur gestempelt werden durch eine positive Vorschrift, welche die Erfüllung verbiete. Sehr wahr! Die Frage ist aber gerade, warum das edictum Paulianum eine solche positive Vorschrift nicht ist.

149) Näheres bei Francke, Arch. f. d. civ. Praxis XVI, S. 134 flg. S. 138 flg. Dogmengeschichtliches.

150) a. a. O.; diese Frage ist das Thema seiner Abhandlung. Seiner Meinung scheint auch Unterholzner II, S. 99 zu sein.

die an sich ebenso wohl der Anfechtung unterliege, wie jedes andere entgeltliche Geschäft. Dafür wird ein direkter Beweis aus den Quellen durch Bezugnahme auf l. 24 a. E. D. h. t. und l. 96 D. de solut. 46, 3, sowie ein indirekter Beweis durch analoge Anwendung von l. 24 a. A. cit. und l. 6 § 1 und 2 D. de reb. auct. jud. 42, 5 zu erbringen versucht. Der erstere ist an den vortrefflichen Auslegungen, welche Bangerow[151]) von l. 24 cit. und Otto[152]) von l. 96 cit. gegeben haben, völlig gescheitert[153]); durch Bangerow's Interpretation der l 24 cit. ist auch die auf Analogie ruhende Beweisführung Laspeyres' beseitigt, da Bangerow gezeigt hat, daß jener Schriftsteller durch die l. 24 cit. sogar direkt widerlegt wird. Im Uebrigen ist gegen die Zulässigkeit der analogen Anwendung der in l. 24 init. cit. und l. 6 §§ 1 und 2 cit. enthaltenen Vorschriften sehr viel Haltloses[154]) vorgebracht worden, so daß man von den Quellen mit dem unbefriedigenden Gefühle scheiden würde, daß, wenn auch kein direkter, so doch ein innerer Widerspruch in ihnen enthalten sei, wenn nicht Schweppe mit Recht darauf hingewiesen hätte, daß die mala fides des Pupillen, der sich nachträglich abstinirt[155]), einen ganz anderen Inhalt hat als das consilium fraudandi eines Schuldners; das letztere sei die Absicht, andere zu schädigen; beim Pupill genüge zur mala fides, wenn er überhaupt verfügen will über ein Vermögen, von welchem sich loszusagen er schon entschlossen ist, welches er also wie ein fremdes behandeln sollte[156]).

---

151) a. a. O. III, S. 626.

152) S. 65.

153) Auch hat Laspeyres die l. 6 § 7 D. h. t. unschädlich zu machen nicht vermocht (S. 65).

154) z. B. von Francke, Arch. XVI, S. 185: Beim Pupill, der sich abstinirt, sei die Ungültigkeit Regel, die Gültigkeit Ausnahme für den Fall der bona fides; dagegen beim debitor Gültigkeit Regel, Ungültigkeit trete ausnahmsweise im Fall der mala fides ein. — Das ist ganz gleichgültig, da beide doch entweder in bona oder in mala fide sein müssen, und es hier nur darauf ankommt, was als bona fide, was als mala fide gethan zu gelten habe. — Bangerow S. 613 geht von seiner sogleich zu erörternden Grundanschauung aus.

155)) Hiervon handeln die gedachten Stellen.

156) Schweppe § 82b. S. 167 flg. drückt dies mit den Worten aus: „Die Zahlung eines sich wieder losmachenden Erben kommt der eines unbefugten Dritten aus einem fremden Vermögen sehr nahe". Um von diesem Standpunkt aus die fraglichen Stellen zu verstehen, muß man sich übrigens klar machen, daß die

Ueber die Ansicht Huschke's, Zahlung enthalte keine Vermögensverminderung, ist oben [157]) gesprochen worden.

Francke [158]) lehrt, Zahlungen seien unanfechtbar, weil der Gläubiger ein „Zwangsrecht" habe. Schon in diesem Ausdruck, noch mehr in Francke's ganzer Darstellung zeigt sich, daß von ihm zwei verschiedene Gesichtspunkte zu einer unklaren Einheit verschmolzen werden; nämlich einmal derjenige, den auch wir als richtig vertreten, daß Erfüllung einer Rechtspflicht nicht rechtswidrig sei; und sodann der falsche, daß der bezahlende Schuldner sich nicht im Besitze der zu einer zurechenbaren Handlung erforderlichen Willensfreiheit befinde.

Nach Vangerow [159]) rührt die Unanfechtbarkeit der Zahlungen daher, daß der annehmende Gläubiger nicht dolos handle, insofern er nur sein Recht ausübe. Abgesehen davon, daß, wie wir unten [160]) ausführen werden, die scientia fraudis nicht nothwendig die Gestalt des dolus annehmen muß, enthält diese weitverbreitete Auffassung nicht nur den logischen Fehler der petitio principii [161]) — aus welchem Grunde den Gläubigern das Recht, Zahlungen anzunehmen, trotz des edictum Paulianum verbleibt, soll ja gerade erst erklärt werden —, sondern auch einen Verstoß gegen den juristischen Grundsatz: Lex specialis derogat generali. Denn das Recht der Gläubiger auf Zahlung ist etwas Regelmäßiges und Allgemeines, gerade wie die Befugniß, mit dem Schuldner Kontrakte abzuschließen. Weshalb beschränkt nun das für eine besondere Sachlage gegebene, in der Aufstellung der Anfechtungsklage liegende Verbot nicht ebenso wohl jenes Recht, wie diese Befugniß? Hierin liegt gerade die Schwierigkeit der Frage.

Die Anhänger Vangerow's werden vielleicht geneigt sein, sich

Absicht, einen Gläubiger zum Nachtheil der andern zu begünstigen (gratificari), die Kenntniß der Ueberschuldung meist voraussetzt und also einen Schluß auf das Vorhandensein des Vorsatzes, das beneficium abstinendi zu gebrauchen, gestattet. Vergl. Francke XVI, S. 254 flg.

157) Vergl. oben § 4 bei Note 54.

158) Francke XVI a. a. O. Vergl. das noch weiter gehende Erkenntniß Seuff. XXVII, 194 (Wolfenbüttel).

159) Pandekten, 1. Aufl. § 697 Anm. I, 1. Vergl. auch Seuff. XXXI, 89 (R. O. H. G.). Ueberhaupt ist Vangerow's Auffassung die herrschende.

160) § 8 bei Note 196 flg.

161) Otto S. 66.

darauf zu berufen, daß in den Quellen selbst[162]) die Unanfechtbarkeit der Zahlungen mit den Worten gerechtfertigt wird: ... »sibi enim vigilavit« (sc. creditor). Es ist jedoch keineswegs nothwendig, daß hiermit eine wissenschaftliche Begründung gegeben werden soll. Es giebt nicht wenige Stellen in den Pandekten — und in der modernen Literatur —, wo für die Ergebnisse juristischer Forschung Gründe angeführt werden, durch welche diese Ergebnisse offenbar nur dem Rechtsgefühl des Laien nahe gebracht werden sollen; es wäre also denkbar, daß auch jene Worte nur diesem Zwecke dienten. Diese Möglichkeit wird zur Wahrscheinlichkeit, fast zur Gewißheit, wenn man bedenkt, daß die vigilantia creditoris kein juristischer Begriff ist — wohin es führt, wenn man sie dazu macht, beweist die Geschichte der Gratifikationstheorie —, und daß in der (übrigens nicht auf die actio Pauliana bezüglichen) l. 21 p. D. de peculio XV, 1 mit dem Hinweis auf die Zulässigkeit der „Vigilanz" nicht der „vigilante" Gläubiger selbst geschützt wird, dessen Haftung vielmehr gar nicht in Frage steht, sondern — der Schuldner. Es handelt sich in der Stelle darum, ob es als eine dolose Verminderung des peculium seitens des Gewalthabers gelten könne, für welche dieser den — um mich ungenau auszudrücken — Gläubigern des Gewaltunterworfenen hafte, wenn er einen von ihnen zum Schaden der andern bezahlt. Ulpian meint:

> ... non dubito de hoc, quin non teneatur, quoniam creditori solvitur et licet creditori vigilare ad suum consequendum.

Entscheidend ist die l. 43 § 7 D. de aedil. edicto XXI, 1.

Wenn, wie Bangerow glaubt, die Haftbarkeit des Erwerbers im Fall einer auf Seiten des Schuldners fraudulosen Veräußerung dadurch ausgeschlossen werden könnte, daß jener ein Recht auf den betreffenden Erwerb hätte, so müßte sie noch vielmehr ausgeschlossen sein, wenn er zum Abschluß des Veräußerungsgeschäfts verpflichtet wäre. In l. 43 § 7 cit. wird der Verkäufer, dem seitens des Schuldners redhibirt worden ist, für haftbar erklärt, obwohl er doch auf die Redhibition eingehen muß, sobald überhaupt deren Voraussetzungen gegeben sind. Man muß sich hier klar machen, daß zu einer Redhibition dreierlei gehört, nämlich erstens die Auflösung des Kaufver-

162) l. 6 § 7 D. h. t.; ähnlich auch l. 24 i. f. D. h. t.

trags, zweitens die Rückübertragung des Rechts an der Kaufsache und am Kaufpreis, drittens die thatsächliche Zurückgabe beider; und nun muß man weiter beachten, daß im Fall der Stelle die Anfechtung sich in erster Linie gegen die Auflösung des Kaufvertrags und erst in zweiter Linie gegen die — rechtliche und thatsächliche — Rückgewähr der Kaufsache richtet. Denn zur letzteren wäre der Schuldner, wenn er die erstere rechtskräftig bewirkt, wenn er also gültig erklärt hätte, er redhibire, verpflichtet, sie wäre also dann als Erfüllung einer fälligen Forderung unanfechtbar. Es richtet sich folglich die Anfechtung im Fall der l. 43 § 7 cit. zunächst genau auf denjenigen Theil der Redhibition, auf welchen der Anfechtungsgegner, d. i. der Verkäufer, eingehen mußte und einzugehen durch die actio redhibitoria gezwungen werden konnte. Insoweit haftet er demnach jedenfalls nicht ex delicto[163]).

Wir kommen zur Ansicht Fischer's[164]) Derselbe sieht die Zahlung deshalb für unanfechtbar an, „weil sie nach Auffassung der Römer den Gläubigern gegenüber keine materiell unbillige Entziehung dessen enthalte, worauf diese einen Anspruch haben, zu Gunsten eines Anderen, der darauf keinen Anspruch hat". Um das „nach Auffassung der Römer nicht unbillig" näher zu bestimmen, wird eine Schilderung der bonorum venditio entworfen, vermöge deren die immittirten Gläubiger ungefähr den Eindruck von Leuten machen, die zusammen das große Loos gewonnen haben und unter sich theilen. Die Konturen dieses Gemäldes sind: Mangel der Ediktalcitation und des Prioritätsverfahrens. Selbst wenn diese Schilderung treffend wäre, bliebe zu bezweifeln, ob ein Römer es für juristisch gehalten hätte, zu sagen: Zahlung ist unanfechtbar, weil sie „nach unserer Auffassung nicht unbillig ist". Nun gab es aber in der bonorum venditio, wenn

163) Die Stellung des Verkäufers ist diese, daß er wegen der Anfechtbarkeit der Redhibition die Rückgewähr der Kaufsache nicht als Zahlung auf eine fällige Forderung ansehen darf, sondern die Kaufsache als Gut der Gläubiger bewahren muß (cf. unten § 8 bei Note 201 flg.), wenn er nicht vorzieht, dem Schuldner den Kaufpreis zurück zu zahlen und seinen Anspruch auf die Kaufsache sich für den Konkurs vorzubehalten. Man kann also in der sofortigen Annahme der Kaufsache ein Delikt finden; aber nur deshalb, weil die Auflösung des Kaufs selbst anfechtbar ist, und in der Betheiligung an dieser liegt jedenfalls kein Delikt.

164) a. a. O. S. 20—25.

keine Ediktalcitation, so doch eine bonorum proscriptio [165]), die, an den belebtesten Straßen Roms angeschlagen, gewiß von ebenso Vielen gelesen ward, als die wenigen Zeitungen, in welche die gemeinrechtliche Ediktalcitation eingerückt wurde; und das Prioritätsverfahren ließ sich durch Modifikationen der lex venditionis ersetzen [166]).

Otto [167]) erklärt, daß er im Wesentlichen Fischern beistimme; indeß er thut sich Unrecht. Er theilt allerdings Fischer's Ansicht, daß es bei der bonorum venditio etwas wild hergegangen sei; wenn aber Fischer sich von dieser Vorstellung aus den Begriff der im edictum Paulianum geforderten fraus in der oben angegebenen Weise construirt und die Unanfechtbarkeit der Zahlungen als eine Konsequenz dieses Begriffs ansieht, so faßt Otto diese Unanfechtbarkeit als eine positivrechtliche Ausnahme vom Recht des Edikts. Der Unterschied beider Meinungen ist ohne weiteres klar, zeigt sich aber besonders in den Folgerungen, welche beide Schriftsteller aus ihrer Grundanschauung ableiten: Fischer sieht sich unwiderstehlich dazu gedrängt, von der Hingabe an Zahlungsstatt, ja sogar auch von der Pfandbestellung ganz dasselbe zu lehren wie von der Zahlung; Otto kann von seinem rein positivrechtlichen Standpunkt natürlich nicht dazu kommen, über die Pfandbestellung das Gegentheil von dem zu behaupten, was in den Quellen steht, und findet sich auch nicht veranlaßt, das Recht der Zahlung analog auf das der datio in solutum anzuwenden.

So sehr aber Otto's Ansicht, ihrer inneren Folgerichtigkeit wegen, den Vorzug nicht nur vor derjenigen Fischer's, sondern vor allen bisher besprochenen verdient, so kann sie doch mit den Quellen nicht bestehen.

In l. 6 § 7 D. h. t. wird die Anführung des Grundsatzes von der Unanfechtbarkeit der Zahlungen mit den Worten eingeleitet:

Sciendum, Julianum scribere eoque jure nos uti..;

er ist also zuerst von Julian als dessen theoretische Ansicht [168]) be-

165) v. Bethmann-Hollweg, Röm. Civ. Pr. § 114 zwischen S. 675 und S. 682; v. Keller, Röm. Civ. Pr. § 85 bei Note 1053.

166) v. Bethmann-Hollweg eod. zwischen S. 682 u. 687; v. Keller eod. bei Note 1060.

167) S. 67.

168) Wohl zu beachten, scribere! Nicht respondisse! Es handelt sich nicht um eine Anwendung des jus publice respondendi. — cf. auch l. 10 § 16 D. h. t.

hauptet und, wie die Worte »eoque jure nos uti« andeuten, nicht ohne Kampf durchgesetzt worden. Weiter wird er in der zweiten Stelle, die ihn ausspricht, der l. 24 D. h. t., mit einer Menge Zweifelsfragen vorbereitet, die völlig sinnlos wären, wenn es sich um etwas positiv ausdrücklich Festgesetztes handelte:

Quid ergo, si, quum in eo esset, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito? et si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur?

Was ist denn aber dann das Richtige? Dernburg[169]) sagt: „Zahlung einer Schuld bildet eine Pflicht des Schuldners, deren Erfüllung man, selbst wenn hierdurch Interessen Anderer verletzt wurden, nicht als fraudulöses Handeln qualificiren mochte". Derselben Ansicht scheint Windscheid zu sein[170]); wenigstens stellt er sich immer, wenn er die Frage beurtheilt, auf den Standpunkt des hingebenden Schuldners, nicht, wie Vangerow, auf den des empfangenden Gläubigers.

Diese Meinung ist die richtige; sie hat zwei Stützen, die wohl genügen möchten; einmal die Unhaltbarkeit aller anderen Theorien und sodann — das Edikt.

Das Edikt macht die Anfechtbarkeit von einem fraudulösen Handeln des Schuldners abhängig; es bestimmt aber nicht, was fraus ist, sondern es setzt dies als bekannt voraus:

l. 1 p. D. h. t.:

Quae fraudationis causa gesta erunt .... de his ... actionem dabo;

l. 10 p. D. h. t.:

Quae L. Titius fraudandi causa .. fecit, ea ... restituas.

Was folgt? Daß die Anfechtbarkeit ein solches Verhalten des Schuldners voraussetzt, welches schon vor Erlaß des Edikts rechtswidrig war und ohne dasselbe rechtswidrig ist; daß also der Rechtssatz, nach dem sich die Rechtswidrigkeit des schuldnerischen Benachtheiligungswillens beurtheilt, nicht das im Edikt liegende Veräußerungsverbot —

169) Pfandrecht I, S. 197.
170) § 463 in Note 32 und 33.

denn dieſes legt dem Schuldner keine neue Pflicht auf, es beſtätigt nur eine alte —, ſondern der einfache Satz des Privatrechts iſt, daß man ſeine Schulden bezahlen, alſo für deren Bezahlung ſorgen muß, dieſelbe nicht hintertreiben darf. Eine Verletzung dieſes Grundſatzes kann natürlich in der Bezahlung eines Gläubigers zum Nachtheil der anderen nicht liegen [170a]), denn die bloße Thatſache der Ueberſchuldung bewirkt keine Beſchränkung der Rechte der Gläubiger; ſie verſchafft ja dem Schuldner keine Einrede gegenüber einer Klage auf volle Befriedigung.

Alle, welche Unterſuchungen über den Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung anſtellen, thun dies deshalb, um die nöthige Unterlage für ein Urtheil über Anfechtbarkeit oder Unanfechtbarkeit gewiſſer anderer, der Zahlung ähnlicher Geſchäfte zu gewinnen; es handelt ſich dabei um die Bezahlung noch nicht fälliger und aufſchiebend bedingter Schulden, um Erfüllung von natürlichen Verbindlichkeiten, um Hingabe an Zahlungsſtatt und Pfandbeſtellung.

Von der ſoeben entwickelten Auffaſſung aus, daß es darauf ankommt, ob in der fraglichen Handlung, auch abgeſehen vom Edikt, eine Rechtswidrigkeit des Schuldners liegt, muß eine Befriedigung befriſteter und bedingter Anſprüche als anfechtbar gelten [171]); denn hierbei thut der Schuldner etwas, wozu er nicht verpflichtet iſt. Das Umgekehrte gilt von der natürlichen Verbindlichkeit; auch deren Erfüllung iſt Erfüllung einer Rechtspflicht [172]). Zum Ueberfluß wird ſie in den Quellen [173]) ausdrücklich für unanfechtbar erklärt, was freilich einige Schriftſteller [174]) nicht verhindert hat, ebenſo ausdrücklich für ihre

---

170a) Wohl aber in dem Verkauf einer Sache, um mit dem Erlös einen Gläubiger vor den anderen zu befriedigen; denn zu ſolchem Verkauf iſt der Schuldner nicht verpflichtet. Dies wird häufig von den Vertheidigern der Unanfechtbarkeit der datio in solutum überſehen, z. B. von Kriſche S. 669, Fiſcher S. 46.

171) l. 10 § 12, l. 17 § 2 D. h. t.; Otto S. 74, S. 76 flg. Näheres ſiehe unten § 11 bei Note 270—275.

172) Windſcheid § 463 Note 34; Dernburg, a. a. O. Anm. 18; beide mit Berufung auf die in der nächſten Note citirten Stellen. Vergl. auch R. O. H. G. Entſcheidungen XIX, 118.

173) l. 19, l. 20 D. h. t.

174) Francke, Arch. XVI S. 269; Holzſchuher S. 1164; Fiſcher S. 34 hat eine Mittelmeinung.

Anfechtbarkeit sich auszusprechen. Hierbei wird der fraglichen Quellenstellen gar keine Erwähnung gethan [175]), so daß man glauben muß, die Betreffenden möchten stillschweigend zu einer sie befriedigenden, von der unseren abweichenden Auslegung derselben gelangt sein. Welche dies ist, darüber sind wir freilich auf Vermuthungen angewiesen. Indeß scheint es nur eine Möglichkeit zu geben; nämlich die, daß man meint, es genüge nicht der Wille des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, sondern es müsse die Herbeiführung dieses Erfolgs sein Motiv gewesen sein. Dann würde man allenfalls annehmen können, jene Stellen handelten von der Beweisfrage und entschieden diese für den Zweifelsfall zu Gunsten des Schuldners. Jene Auffassung über das Motiv haben wir oben [176]) besprochen; und wenn, von dem dort Ausgeführten abgesehen, der Wortlaut der l. 20 D. h. t. die Annahme, daß sie nur eine processuale Vermuthung aufstellen will, zur Noth gestattet —

... placet non videri in fraudem creditorum alienasse —,

so steht dies doch anders mit l. 19 D. h. t.:

... respondi, non creditores fraudasse.

Hingabe an Zahlungsstatt ist anfechtbar, da sie eine Pflichterfüllung nicht enthält. Wer sich hierüber wundert, weil der Erfolg ja derselbe sei, wie bei der Zahlung, der geht von der falschen Vorstellung aus, daß Jemand, der das Recht hat, auf gewisse Weise einem Andern Schaden zuzufügen, dies auch auf andere Weise müsse thun dürfen [177]).

Struckmann und Fischer [178]) wenden, jeder in anderer Form,

---

175) Fischer S. 34 sagt: „Die Quellen schweigen". Vergl. aber auch l. 67 § 1 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

176) Bei Note 108 flg.

177) Windscheid § 463 Note 33 a. E.; Seuff. XXV, 94 (Celle); und die herrschende Meinung. A. M. Puchta, Vorlesungen § 380; Günther a. a. O. S. 783; Seuff. VI, 125 (Lübeck); 305 (Jena). — Näheres über datio in solutum § 8 bei Note 224.

178) Struckmann in Jahrb. f. Dogm. XII, S. 286; Fischer S. 41. Die l. 25 § 3 D. h. t. hierher zu beziehen (Bangerow a. a. O. Anm. V) ist freilich willkürlich. Worauf Venulejus sie bezogen hat, ist beim Mangel jeden Zusammenhangs nicht zu ermitteln; das Nächstliegende wäre wohl Zahlung nach der Konkurseröffnung. Reinhart S. 125 bezieht die Stelle „am wahrscheinlichsten auf eine Schenkung"; accipere a debitore! — Gegen die Interpretation von Struckmann a. a. O. S. 301 vergl. l. 10 i. f., l. 11 D. de pactis II,

ein, daß ein Gläubiger nicht blos ein Recht auf Erfüllung, sondern ein davon verschiedenes, umfassenderes, die Hingabe an Zahlungsstatt einschließendes Recht auf Befriedigung habe. Ich kann nur bekennen, daß mir dieses Recht unbekannt ist; meines Wissens giebt es keine actio, mit welcher Hingabe an Zahlungsstatt gefordert werden könnte. Was Struckmann [179]) zum Beweise seiner abweichenden Meinung über die Geldschuld sagt, ist nicht haltbar. Dieselbe geht nicht auf einen bestimmten Vermögenswerth überhaupt, wie Struckmann will, sondern auf einen Werth in Geldstücken; sie unterscheidet sich von anderen Forderungen auf vertretbare Sachen nur dadurch, daß bei ihr dem Gläubiger nicht allein gleichgültig sein muß, welche Einzelsachen aus einer Gattung — hier der Währungsmünze — er bekommt, sondern auch, welchen Unterarten der Gattung diese angehören, also z. B. ob es Zehnmarkstücke oder Doppelkronen sind. Das Eigenthümliche hierin beruht lediglich in der Prägung; denn daß Jemand, der nach dem Gewicht zu fordern hat, große und kleine Stücke durch einander nehmen muß, kommt auch sonst vor: Ein Centner Braunkohlen, ein Centner Kartoffeln ꝛc. — Fischer und Struckmann berufen sich weiter auf das beneficium dationis in solutum — nov. 4. cap. 3 — und das beneficium inventarii. Diese beweisen schon deshalb nichts, weil es eben beneficia sind; was über nov. 4 cap. 3 insbesondere zu sagen ist, hat oben [180]) Erwähnung gefunden.

Wir kommen zur Pfandbestellung. Die Meisten lehren, daß dieselbe der Anfechtung nicht schlechterdings entzogen sei, wie dies denn auch die Quellen [181]) ausdrücklich bestätigen. Nur Fischer [182]) ist anderer Ansicht; was er vorbringt, beruht auf seinem schon besprochenen Standpunkt und ist selbst von diesem aus von Windscheid [183]) —

14, l. 34 § 3 D. de solut. 46, 3. Ueber l. 1 C. h. t s. Bangerow a. a. O. Anm. V.

179) S. 286 flg. — Gegen Fischer cf. noch unten § 11 Note 270.

180) S. oben § 4 bei Note 51. — Vergl. auch Seuff. XXX, 203 (Celle).

181) l. 2, l. 10 § 13, l. 22 D. h. t.

182) S. 81; cf. jedoch auch Günther a. a. O. S. 783.

183) § 463 Note 32; vergl. auch Otto S. 81. — Ueberhaupt für die Anfechtbarkeit sind auch Seuff. XXVII, 193 (Jena, Fakultät Leipzig); 285 (Berlin); III, 250 (Cassel); XVIII, 202 (Darmstadt). — Vergl. über das Nähere § 8 bei Note 222 flg.

ohne daß etwa der letztere sich diesen Standpunkt angeeignet hätte — widerlegt worden.

Zum Schluß möge noch bemerkt werden, daß die Erfüllung einer fälligen Schuld ausnahmsweise dann der Anfechtung unterliegt, wenn der dadurch geschädigte Gläubiger der fiscus ist[184]), oder wenn sie erst nach der Konkurseröffnung geleistet wurde[185]).

Zur Widerlegung der Behauptung, die actio Pauliana sei das geeignete Rechtsmittel zur Bekämpfung widerrechtlicher Selbsthülfe eines Gläubigers[186]) — obwohl in diesem Fall von Benachtheiligungswillen des Schuldners keine Rede sein kann —, verweisen wir auf die Ausführungen von Francke und Laspeyres[187]), denen wir nichts hinzuzufügen wüßten.

§ 8. Scientia fraudis.

Das fünfte und letzte unter den Erfordernissen der gemeinrechtlichen actio Pauliana ist die Kenntniß des Anfechtungsgegners von der soeben erörterten schuldnerischen Absicht. Wir haben zunächst von dem Ursprung dieser Kenntniß, dann von ihrem Inhalt und drittens von ihrer rechtlichen Bedeutung zu handeln; endlich aber müssen wir einiges über solche Fälle sagen, in denen Anfechtbarkeit vorliegt, obwohl jene Kenntniß fehlt.

I.

Ueber den Ursprung ist nur zu bemerken, daß er gleichgültig ist; insbesondere braucht jene Kenntniß nicht aus einer vom Schuldner bewirkten Mittheilung entsprungen zu sein, noch viel weniger aber sich bis zur Vereinbarung eines Komplotts mit dem Schuldner gesteigert zu haben[188]).

---

184) l. 18 § 10 — l. 21 D. de jure fisci 49, 14; Holzschuher III, S. 1161; Dabelow S. 452; Schönemann S. 15; Windscheid § 463 no 6 i. f. — A. M. Puchta, Vorlesungen § 380; Fischer S. 89.

185) l. 6 § 7, l. 10 § 16 D. h. t.

186) Herrschende Meinung, wegen l. 10 § 16 D. h. t.

187) Francke XVI, S. 141; Laspeyres S. 67, besonders Note 73.

188) l. 10 § 3 D. h. t.; l. 5 D. eod. (Wäre in letzterer Stelle Komplott vorausgesetzt, so läge dissimulirte Tradition vor, nicht Dereliction und Occupation). — Otto S. 29 Abs. 2 hält im Widerspruch mit l. 5 cit. Dereliction für

II.

Was sodann den Inhalt angeht, so handelt es sich einfach um Kenntniß der Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen. Indeß wird dies von einigen bestritten, und eine ähnliche Behauptung aufgestellt, wie diejenige, welche wir oben bei der Lehre von der Benachtheiligungsabsicht zu widerlegen versucht haben. Laspeyres und Reinhardt[189] behaupten nämlich, es gehöre zur Kenntniß der Benachtheiligungsabsicht grundsätzlich auch eine Bekanntschaft mit den Personen der Gläubiger, auf deren Schaden jene Absicht sich richte, wenn auch dieser Grundsatz vom römischen Recht nicht in seiner ganzen Strenge festgehalten worden sei[190].

Eine Widerlegung dieser Behauptung ist bisher, so viel ich sehe, nur von Hasenbalg[191] versucht worden. Dieser verfährt so, daß er die Stelle, auf welche Laspeyres und Reinhardt sich berufen, auf das consilium fraudis selbst, nicht auf die scientia davon bezieht. Da wir der Meinung sind[192], daß auch das erstere keine persönliche Richtung zu haben brauche, können wir Hasenbalg's Bundesgenossenschaft nicht annehmen.

Uebrigens hat Hasenbalg Unrecht; wie der sogleich darzulegende Zusammenhang zeigt, bezieht sich die Stelle allerdings auf die scientia fraudis; nur daß sie von etwas ganz Anderem redet, als von persönlicher Richtung; von etwas, was mit dieser nicht das Geringste zu thun hat.

Die Stelle — l. 10 § 8 D. h. t. — bildet den Schluß einer von l. 10 § 2 D. eod. beginnenden Besprechung des Begriffs »scientia fraudis«; sie bildet den Schluß, sagen wir; d. h. sie gehört zu jener Besprechung, sie steht nicht einfach hinter ihr; denn sie fängt an mit Quid ergo?, bezieht sich also auf das vorher Gesagte zurück. Dies gegen Hasenbalg.

---

unanfechtbar, weil sie nicht „unmittelbar zum Vortheil eines Anderen gereicht." Solche Unmittelbarkeit ist eben nicht nothwendig.

189) Laspeyres S. 44; Reinhardt, Verm. Aufsätze a. a. O. S. 117.

190) Das Nähere wird sich im Lauf der Widerlegung von selbst ergeben.

191) S. 49; derselben Meinung, wie dieser, sind auch die Motive S. 186; Krische S. 616.

192) Vergl. oben § 7 bei Note 125 flg.

Was nun Laspeyres' Theorie betrifft, so ist zunächst hervorzuheben, daß jene zusammenhängende Erörterung in l. 10 D. h. t. sich als eine Reihe allgemeiner vorbereitender Bemerkungen kennzeichnet; es handelt sich dabei um ziemlich triviale Dinge. Wir weisen darauf deshalb hin, damit man sich nicht wundert, wenn wir schließlich in dem streitigen § 8 statt der geheimnißvollen persönlichen Richtung etwas höchst Einfaches und Naheliegendes finden.

Im Einzelnen scheint in l. 10 cit. zunächst der § 2 zu fordern, daß ein Komplott mit dem Schuldner vorliege; indeß der fragliche Ausdruck (particeps fraudis) ist nur durch den Gegensatz — es genüge nicht zu wissen, daß der Schuldner Gläubiger habe — veranlaßt und wird in § 3 sofort durch die Bemerkung berichtigt, daß die scientia fraudis auch aus Mittheilungen der geschädigten Gläubiger selbst herstammen könne; § 4 schärft nochmals ein, daß die bloße Kenntniß der Thatsache, daß Gläubiger vorhanden sind, nicht ausreicht; § 5 bespricht den Fall »si forte tutor pupilli scit, pupillus ignoravit«; § 6 sagt: Relevante conscientia fraudis liegt vor, wenn von allen geschädigten Gläubigern der gegenwärtige Kläger allein noch übrig ist; § 7 behandelt den umgekehrten Fall: Wenn der Anfechtungsgegner nur von einem Gläubiger wußte, von den übrigen nicht, so haben doch alle die Anfechtungsklage. Nun lautet § 8:

> Quid ergo, si ei, quem quis scit, satisfactum est, numquid deficiat actio, quia, qui supersunt, non sunt fraudati? Et hoc puto probandum; non tamen, si dicat aliquis: »Offero, quod debetur, ei quem scio creditorem«, audiendus erit, ut actionem eludat.

Dies wird von Laspeyres und Reinhardt dahin verstanden: Wenn der allein bekannte Gläubiger später befriedigt wird, so geht die Anfechtungsklage der nicht bekannten unter; nur darf die Befriedigung des ersteren nicht erst erfolgen, nachdem die letzteren begonnen haben, ihr Recht gerichtlich geltend zu machen.

Eine innere Begründung dieser außerordentlichen, dem Satze, daß durch einen Vertrag Rechte Unbetheiligter nicht berührt werden, widersprechenden Theorie wird nicht versucht, möchte auch schwerlich gelingen; man meint, der Wortlaut lasse eine andere Auslegung der Stelle nicht zu.

In Wahrheit ist der Wortlaut gegen diese Interpretation. Wäre

sie richtig, so müßte es am Anfang heißen: . . . quem quis sciverat, satisfactum est, und am Schlusse: . . quem sciebam creditorem[193]).

Der Sinn von § 8 ist: Wenn derjenige, den der Erwerber des vom Schuldner Veräußerten für den einzigen Gläubiger hielt, von ihm, dem Erwerber, gleichzeitig mit dem Erwerb befriedigt worden ist, so fällt die actio Pauliana weg — natürlich! denn wenn der Erwerber glaubt, nunmehr habe der Schuldner gar keine Gläubiger mehr, so ist von scientia fraudis keine Rede — jedoch muß die Unkenntniß des Vorhandenseins weiterer Gläubiger eine ehrliche sein; diese Ehrlichkeit ist nicht anzunehmen, wenn der Erwerber ausdrücklich erklärt: Den Gläubiger, den ich kenne, befriedige ich; denn offenbar denkt er dann an die actio Pauliana, vermuthet, daß noch mehr Gläubiger da sind, und will sich gegen diese sichern[194]).

Auch so bleibt in der Stelle eine, wenn auch nur geringfügige, Abweichung von der consecutio temporum; genau wäre: quem quis sciebat, satisfactum est. Offenbar aber steht das imperfectum dem praesens näher, als das plusquamperfectum; offenbar ist es auf alle Fälle, der Sinn möge nun sein, welcher er wolle, eine Ungenauigkeit, wenn dasteht: quem quis scit, satisfactum est[195]); und ist endlich eine innerlich begründete Auslegung mit einem Fehler gegen die Folge der Zeiten nicht besser, als eine innerlich unvernünftige mit zwei?

III.

Betreffs der Bedeutung der scientia fraudis geht die herrschende Meinung dahin, daß die actio Pauliana eine Deliktsklage sei; es müsse nämlich der Anfechtungsgegner eine Handlung vorgenom-

193) Denn inzwischen hätte er ja die übrigen durch den Prozeß kennen gelernt.

194) Die Entscheidung der Stelle kann praktisch werden in folgendem einfachen Fall: Zu Folge eines außergerichtlichen Akkords nimmt der eine von zwei Gläubigern die Masse gegen seine Forderung an sich und befriedigt den anderen nach Höhe einer vereinbarten Rate, während auf den Rest seitens des letzteren verzichtet wird; nachträglich tauchen plötzlich weitere Gläubiger auf, die jenen beiden wirklich oder angeblich unbekannt waren. Hier liegt eine datio in solutum des Schuldners an den ersten Gläubiger vor, die unter Umständen anfechtbar ist.

195) Denn ein befriedigter Gläubiger ist kein Gläubiger; man kann ihn also nicht kennen, sondern nur gekannt haben.

men haben, welche er im Besitz der scientia nicht hätte vornehmen sollen, er müsse sich einer verbotenen Handlung schuldig gemacht haben[196]; eine fernere Meinung[197] geht dahin, daß der Anfechtungsgegner sogar beabsichtigt haben müsse, sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen.

Wir müssen dieser letzteren Ansicht im vollen Umfange widersprechen; der ersteren können wir nur einräumen, daß in den meisten Anfechtungsfällen es sich allerdings um ein Delikt in dem von ihr behaupteten Sinne handeln wird[198]; aber wesentlich ist dies nicht; die scientia fraudis genügt zur Anfechtung des Erwerbs, wenn auch der Wissende gar nicht gehandelt hat; der Gedanke, welcher durch die Aufstellung der scientia fraudis als eines Erfordernisses der Anfechtbarkeit ausgedrückt wird, ist einfach der, daß der Erwerber des vom Schuldner zum Schaden der Gläubiger Veräußerten vor einer unvermutheten Herausgabe seines Erwerbs bewahrt werden soll.

Der herrschenden Ansicht stehen schon Stellen entgegen, wo Nichtunterbrechung der Verjährung als anfechtbar behandelt wird[199], oder wo als Beklagter ein Hauptschuldner erscheint, mit dessen Wissen der Gläubiger — welcher hier der fraudulose Veräußerer ist — und der Bürge eine acceptilatio vorgenommen haben[200]. Offenbar ist für ein Delikt dessen, welcher durch Verjährung gewinnt, kein Raum; und die acceptilatio geschieht in der Regel ohne Betheiligung dritter Personen.

Indeß wollten wir zugeben, daß in diesem Fall eine ausdrückliche Collusion dreier Personen vorausgesetzt werde und in jenem nur an

---

196) Bangerow a. a. O. (cf. oben § 7 bei Note 159; Windscheid a. a. O. Note 15; Otto S. 10, S. 97, S. 169 Abs. 2. Der letztere steht so fest auf dem Deliktsstandpunkt, daß er S. 130 das sächsische B. G. B. § 1513 wegen § 786 einer Sinnlosigkeit beschuldigt; so wenig denkt er an die Möglichkeit, daß man erwerben kann, ohne zu handeln. Gegen den Deliktsstandpunkt ist allein Huschke IX, S. 345, Anm. 31 i. f., von seiner Grundanschauung aus.

197) Günther a. a. O. S. 781 flg.

198) l. 9, l. 25 § 1 D. h. t. erklären sich hieraus. Für die Haftung des deliktisch Handelnden ist es natürlich gleichgültig, ob er etwas erworben hat; es genügt, daß er die Gläubiger geschädigt hat (Unterholzner II, S. 95; Otto S. 169 Abs. 2). A. M. Sintenis S. 736, Anm. 30.

199) l. 3 § 1 D. h. t.

200) l. 25 p. D. h. t.

die actio Pauliana gegen den Schuldner selbst gedacht sei, wenn der von uns dargelegte Gesichtspunkt innerlich unhaltbar wäre, und wenn nicht noch deutlichere Quellenstellen den grundsätzlichen Deliktsstandpunkt völlig ausschlössen.

Das Erstere wird sich gegenüber den in unserer Einleitung enthaltenen Betrachtungen nicht wohl behaupten lassen. Im Gegentheil ist das römische Recht, wenn man es nach unserer Auffassung beurtheilt, klar und zielbewußt vorgegangen, während man ihm, wie es in der hier bekämpften Darstellung sich zeigt, nicht mit Unrecht den Vorwurf gemacht hat, daß es rein subjektive Momente ohne praktischen Grund für wesentlich erkläre.

Wenn übrigens unsere Auffassung von der Bedeutung der scientia darauf hinausläuft, den Erwerber eventuell quasikontraktlich zu verpflichten, das, was er wissentlich von einem fraudulosen Schuldner erhalten hat, für dessen Gläubiger zu bewahren, so ist eine solche Aufnöthigung einer quasikontraktlichen Verbindlichkeit gegenüber einem, der nie etwas gethan hat, um dieselbe freiwillig auf sich zu nehmen, keineswegs etwas, was dem römischen Recht im Uebrigen fremd wäre. Die l. 17 D. quod metus causa IV, 2 wirft die Frage auf, wie es stehe, wenn der Erbe dessen, der ex delicto haftet, die in der Erbschaft auf Grund des Delikts befindliche Bereicherung — auf welche allein der Erbe nach rein römischem Recht bekanntlich belangt werden kann — verzehrt hat und gestorben ist, zu dem Erben des Erben also von dieser Bereicherung nichts gelangt ist. Die Stelle entscheidet, daß der Erbe des Erben gleichwohl auf den vollen Umfang jener Bereicherung haftet; sie legt also dem Erben die quasikontraktliche, und gerade deshalb unbeschränkt vererbliche, Verbindlichkeit auf, die aus einem Delikt des Erblassers erlangte Bereicherung für den Verletzten ungeschmälert zu bewahren [201]). Die entscheidenden Worte der Stelle lauten:

> Et melius est, omnimodo competere in heredem heredis actionem; sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem, et perpetua actio esse coepit.

Für die actio Pauliana insbesondere beseitigen drei Quellenstellen jeden Zweifel.

---

201) Doch wohl, indem sie stillschweigend Kenntniß des Erben vom Delikt des Erblassers voraussetzt.

In l. 6 § 12 D. h. t. wird gegen einen Herrn, dessen Sklave, ohne daß jener davon Kenntniß hatte, etwas in fraudem creditorum Veräußertes wissentlich erworben hat, die actio de peculio gegeben; nicht blos die actio in peculium, insoweit dieses durch die Handlung des Sklaven bereichert ist, wie in Deliktsfällen[202]), sondern die actio de peculio unter Anwendung der technischen Formel: »ut ... dumtaxat de peculio damnetur«[203]).

In l. 43 § 7 D. de aedil. edicto XXI, 1, welche höchst wichtige Stelle unsere Aufmerksamkeit zum dritten Male fordert, tritt als den Gläubigern haftbar der Verkäufer auf, welcher aus einer in fraudem creditorum bewirkten Redhibition die Kaufsache zurück erworben hat; dieser ist aber zu Folge des ädilicischen Edikts zur Redhibition verpflichtet, also ein Delikt undenkbar[204]).

In l. 25 § 2 D. h. t. wird angeordnet, daß ein Hausvater, für dessen Tochter mit seinem Vorwissen in fraudem creditorum eine dos adventicia bestellt worden ist, so lange er die dos noch nicht hat, nur auf Bestellung einer cautio de eventualiter restituendo ver-

---

202) l. 3 § 12 D. de peculio XV, 1; l. 19 D. de cond. furt. XIII. 1.

203) Huschke XIV, S. 72 meint, die Stelle handle nicht von der actio de peculio; der Richter werde nur angewiesen, bei der Condemnation etwas Aehnliches zu beobachten. Dies soll bewiesen werden durch l. 12 D. h. t. Indeß der hier von Huschke betonte Satz: »quum ejus generis videlicet habebunt actionem, ut his de peculio praestari necesse sit«, redet gar nicht von der actio Pauliana, sondern von dem Verhältniß, in dem die Gläubiger eines Haussohns, der ein peculium hat, an sich, d. h. ganz abgesehen von einem Anfechtbarkeitsfall, zu dem Vater stehen. Denn dieser Satz soll die Behauptung beweisen, daß der Vater, wenn er den Sohn ausdrücklich ermächtigt hat, eine Veräußerung in fraudem creditorum vorzunehmen, dadurch in fraudem seiner eigenen Gläubiger handle (vergl. auch l. 44 D. de pecul. XV, 1), also direkt mit der actio Pauliana belangt werden könne. Die fraglichen Worte enthalten somit einfach eine Umschreibung des Ausdruckes actio de peculio. Man urtheile selbst; die Stelle lautet: .. si hoc quoque concessit filio pater, ut vel in fraudem creditorum facere possit, videbitur ipse fecisse et sufficient competentes adversus eum actiones; etenim filii creditores etiam patris sunt creditores, *quum* ejus generis videlicet habebunt actionem, ut his de peculio praestari necesse sit. — Uebrigens ist das der actio de peculio Aehnliche, von dem Huschke spricht, eine unbekannte Größe. (Die actio in peculium ist es nicht, da Huschke selbst die actio Pauliana nicht für eine Deliktsklage hält; vergl. oben Note 196).

204) Vergl. übrigens über l. 43 § 7 cit. oben § 7 bei Note 163.

urtheilt werden kann[205]: Wenn die Stelle Mitwirkung dieses Hausvaters zur dos-Bestellung, also deliktisches Handeln, nicht einfache Kenntniß, vorausſetzte, ſo läge kein Grund vor, ihn nicht ſofort zur Leiſtung des Intereſſe anzuhalten[206].

Man wird vielleicht einwenden, daß die actio Pauliana ſich dadurch als Deliktsklage bewähre, daß ſie gegen die Erben nur bis zum Belange der ihnen zugefloſſenen Bereicherung geht. Daß ſich dieſes Argument nur nicht gegen den wende, der es vorbringen würde! Die einſchlagende Stelle iſt die l. 11 D. h. t. und lautet:

Cassius actionem introduxit in id, quod ad heredem pervenit.

Cassius introduxit! Wenn die beſchränkte Haftung des Erben eine Folge der angeblichen Deliktsrechtsmittelnatur der actio Pauliana wäre, ſo würde Caſſius, er möge geweſen ſein, was er will, keine Gelegenheit gehabt haben, ſeinen Namen durch jene Neuerung unſterblich zu machen; was er eingeführt hat, hätte ohnehin gegolten[207].

Zur Lehre von der rechtlichen Bedeutung der scientia fraudis ſind noch zwei Bemerkungen zu machen.

Einmal iſt die Kenntniß des ſchuldneriſchen Willens, wie alle rein innerlichen Thatſachen, rechtlich unerheblich, wenn ſie Wirkſamkeit für die Geſtaltung der Außenwelt weder hat hindern, noch hervorrufen können; wenn alſo weder trotz ihrer gethan worden iſt, was nicht hätte gethan werden ſollen — der Deliktsfall —, noch auf Grund ihrer derjenige, der ſie beſaß, in der Lage war, etwas für die Gläubiger zu bewahren — der Fall des Quaſikontrakts —; daher kann der Drittſchuldner, der eine fällige Forderung des fraudator bezahlt hat, mit der actio Pauliana nicht belangt werden[208].

Die zweite Bemerkung geht dahin, daß die Kenntniß der Benachtheiligungsabſicht *Vorausſetzung* der Anfechtung iſt. Demnach

---

205) Dies gilt übrigens im Juſtin. Recht nicht mehr, wegen Aenderung des Dotalrechts und Abſchaffung der prozeſſualen Conſumption, auf welcher im klaſſiſchen Recht die Nothwendigkeit derartiger Cautionen beruhte.

206) Was Otto S. 169 Abſ. 2 überſieht.

207) Vergl. unten Note 213.

208) Dies iſt der Sinn der vielbeſprochenen Worte: Eum enim, quem Praeses invitum solvere cogat, impune non solvere, iniquum esse, l. 6 § 6 D. h. t. Ueber den Text vergl. Huſchke XIV, S. 31, Note 1.

muß diese Kenntniß zu der Zeit[209]), wo der anzufechtende Erwerb gemacht worden ist, vorhanden sein; sonst ist unanfechtbar erworben, und der Erwerber hat dann ganz dasselbe Recht auf den betreffenden Vermögensbestandtheil, wie die Gläubiger.

IV.

Endlich haben wir noch von den Fällen zu handeln, in denen die Anfechtung begründet ist, ohne daß die scientia fraudis vorgelegen hat. Es gilt dies unter folgenden Umständen: Erstens, wenn der geschädigte Gläubiger der fiscus ist[210]); zweitens, wenn der Anfechtungsgegner zur Zeit des Erwerbs Pupill war[211]); drittens, wenn der Erwerb auf lukrativem Titel beruht[212]); endlich, wenn durch einen gesetzlichen Vertreter erworben worden ist, der seinerseits die scientia fraudis hatte[213]).

Der dritte dieser Fälle bedarf einer näheren Besprechung. Einmal ist er, in der Fassung, die wir gewählt haben, nicht unbestritten. Von manchen Seiten[214]) wird behauptet, daß überhaupt jeder, der

---

209) l. 6 § 8 D. h. t.: Qui sciens suscepit; l. 10 p. D. eod.: . . sciente te . . fecit; Otto S. 113, Abs. 2.

210) l. 18 § 10 D. de jure fisci 49, 14. A. M. Puchta, Vorlesungen § 380. — Reinhardt, Verm. Aufs. a. a. O. S. 139 giebt das Privileg auch den Stadtgemeinden wegen l. 2 C. de debit. civ. XI, 32. Dagegen s. Dernburg, Pfandrecht I, S. 355.

211) l. 6 § 10 D. h. t.

212) l. 6 § 11, § 13 D. h. t.

213) l. 10 § 5 D. h. t. Otto S. 109 hält den Satz für unpraktisch, weil nach modernem Recht der Vertretene auch für die Delikte des Vertreters hafte. Ob das Letztere richtig ist, kann hier auf sich beruhen. Da aber die actio Pauliana nicht blos in Deliktsfällen stattfand (vergl. oben bei Note 201 flg.), so kann der fragliche Satz auch nicht blos eine besondere Anwendung der beschränkten Haftung des Vertretenen für Delikte des Vertreters sein. Vielmehr ist er eine positivrechtliche Beschränkung der Anfechtbarkeit, gerade wie die beschränkte Haftung des Erben (vergl. oben bei Note 207). — l. 10 § 5 D. cit. hat übrigens in seiner ursprünglichen Fassung offenbar eine eingehende Erörterung des in Rede stehenden Falles enthalten, die nicht nöthig gewesen wäre, wenn einfach ein allgemeiner Grundsatz auf eine einzelne Erscheinung anzuwenden war. Jetzt macht der schnelle, kurze Schluß der Stelle unmittelbar nach der weit ausholenden, fast erwartungsvollen Einleitung geradezu einen komischen Eindruck.

214) Windscheid § 463 no. 4b, Reinhart S. 135; Fischer S. 9, S. 67. Siehe dagegen l. 5 C. h. t.; Seuff. XXIX, 197 (Celle). Was Fischer

etwas in fraudem creditorum Veräußertes ohne scientia fraudis erworben hat, auf die Bereicherung haftet; also auch, wenn die Bereicherung durch ein zwar oneroses, aber vortheilhaftes Geschäft erlangt worden ist[215]).

Dieser Ansicht widerspricht es, daß der Grundsatz, den sie als etwas Allgemeingültiges betrachtet, in den Quellen ausdrücklich für den besonderen Fall, daß der Anfechtungsgegner zur Zeit des Erwerbs Pupill war, aufgestellt und mit einem besonderen, auf gerade diesen Fall bezüglichen Grunde gerechtfertigt wird:

> ... quia pupilli ignorantia (vermöge deren er die Benachtheiligungsabsicht des Schuldners nicht durchschaut), quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus et ipsi lucrosa (l. 6 § 10 D. h. t.)[216]).

Was spricht denn nun aber für die von uns bekämpfte Meinung? Weshalb hat man sie aufgestellt?

Diese Frage führt uns auf einen ferneren hier zu erörternden Punkt. Es muß nämlich untersucht werden, wie das römische Recht dazu kommt, lukrative Erwerbungen auch dann für anfechtbar zu erklären, wenn scientia fraudis nicht vorliegt. Denn nur, wenn man dies erkannt hat, läßt sich die im Einzelnen vielfach bestrittene Frage entscheiden, welche Erwerbungen im Sinne der Anfechtung als lukrative zu gelten haben.

Gewöhnlich sagt man, das römische Recht erkläre den unentgeltlichen Gewinn deshalb unter leichteren Bedingungen für anfechtbar, weil es besser sei, daß der Beschenkte u. s. w. nicht gewinne, als daß die Gläubiger eine Einbuße erleiden[217]). Gerade von diesem Stand-

---

S. 67 flg. vorbringt, beruht auf einer Verwechslung der Rechtsfrage mit der Beweisfrage.

215) Ein ganz anderer Fall ist natürlich der der Verbindung eines lukrativen Geschäfts mit einem onerosen.

216) Vergl. Brinz § 123 S. 532; Arndts § 228.

217) Eine ganz besondere Ansicht hat Schönemann S. 8; er meint, auch die Klage gegen den gutgläubigen Beschenkten sei Deliktsklage, insofern dieser dolos handle, wenn er den Gläubigern seinen rechtswidrigen Gewinn nicht herausgeben wolle. Offenbar ist das ein circulus vitiosus, da ja die Frage ist, weshalb jener Gewinn rechtswidrig sei. Davon abgesehen, würde diese Deliktsklage ihr Fundament besten Falls erst nach Beendigung des Beweisverfahrens erhalten; zur Zeit der Klagerhebung könnte der Kläger die Klage noch gar nicht begründen; und

punkt aus gelangt man folgerichtig zu der analogen Ausdehnung, daß auch die Bereicherung aus entgeltlichen Geschäften unabhängig von dem Vorhandensein der scientia fraudis zurückgegeben werden müsse; und gerade, weil diesem an sich konsequenten Gebrauch der Analogie die l. 6 § 10 cit. widerstrebt, muß der eigentliche Gedanke[218]) des römischen Rechts ein anderer sein, als man allgemein behauptet.

Wir haben oben gesagt, der Grund, aus dem die scientia fraudis zu den Voraussetzungen der actio Pauliana gehöre — wohl zu unterscheiden von der systematischen (Delikt und Quasikontrakt) Bedeutung der scientia — sei der, daß dem Erwerber das Gewonnene nicht unvermuthet wieder genommen werden dürfe, daß nicht seine Vermögensverhältnisse eine unvorausseh bare Erschütterung erleiden sollen. Die römische Jurisprudenz könnte nun der Meinung gewesen sein, daß der Erwerber sich über den unvermutheten Verlust eines Vermögensbestandtheils nicht beklagen dürfe, wenn seiner Zeit der Gewinn desselben ebenso unvermuthet erfolgt ist, wenn er nicht dem gewöhnlichen Hergang des wirthschaftlichen Lebens entsprochen hat.

Dies ist in der That der Gedanke des römischen Rechts; damit verträgt es sich, daß der Gewinn aus entgeltlichen Geschäften dem inscius nicht entzogen werden darf; daraus allein erklärt sich auch der Satz, den wir als die beste Bestätigung der Richtigkeit unserer Anschauung in dieser Lehre ansehen, daß unentgeltlicher Erlaß einer Bürgschaftsschuld ohne scientia fraudis auf Seiten des Bürgen nicht anfechtbar ist[219]). Dieser Erlaß selbst freilich ist etwas für das Geschäftsleben ebenso Außerordentliches, wie jeder andere Erlaß; aber sein *Erfolg* ist derselbe, wie derjenige, den der Bürge von vorn herein erwartet hat. Denn ein Bürge ist stets der Hoffnung, daß er nicht

---

welches Gericht erhebt über unschlüssige Klagen Beweis? *Schönemann* hat für seine Ansicht weiter keinen Grund, als daß es sonst der a. P. an einem einheitlichen „Princip" fehle, da sie ja im Uebrigen Deliktsklage sei. Das heißt die Principien auf die Dinge pfropfen, anstatt sie aus ihnen herauszuholen. Das „Princip" der actio Pauliana ist überhaupt kein dem System des Privatrechts angehöriger Gedanke; es heißt: Vermehrung der der Vollstreckung, bez. dem Konkurs ausgesetzten Aktivmasse. Dieser Zweck wird freilich durch privatrechtliche Mittel erreicht; aber diese haben im System des Privatrechts keine *gemeinsame* Stätte. Gegen Schönemann auch *Otto* S. 14 flg.

218) *Windscheid*, Lehrb. Bd. I, § 22, § 23.

219) l. 25 p. D. h. t.

werde zu bezahlen brauchen, indem er meint, daß der Hauptschuldner zahlen werde. Wenn diese Hoffnung sich auf einem anderen Wege verwirklicht, so soll dies, sagt das römische Recht ausdrücklich, dem Bürgen nicht als Bereicherung angerechnet werden. Denn von seinem Standpunkt aus

> . . . magis detrimentum non patitur, quam lucrum faciat [220]).

Aus unserer, wie wir glauben, hiermit genügend gerechtfertigten Auffassung ergiebt sich für die kasuistische Anwendung des fraglichen Grundsatzes, daß, ob ein Geschäft als lukrativ angesehen werden kann, lediglich vom Standpunkt des Erwerbers selbst zu beurtheilen ist.

Es ist also erstens nicht zu beurtheilen nach den Grundsätzen von der Schenkung. Denn diese beziehen sich auf das Verhältniß zwischen Schenker und Beschenktem, sonach im vorliegenden Fall zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner, keineswegs lediglich auf den Standpunkt des letzteren. Demnach kann Erlaß [221]) und Bestellung eines Pfandrechts auch dem inscius gegenüber unter Umständen [222]) angefochten werden, obwohl sie eine Schenkung nicht enthalten [223]).

Zweitens kommt nichts an auf die realen ökonomischen Verhältnisse. Wenn insbesondere Jemand von einem Ueberschuldeten durch datio in solutum voll befriedigt wird, so ist dies niemals als unentgeltliches Geschäft anfechtbar [224]), weil der Gläubiger stets sein Forde-

---

220) Diese von jedem anderen Standpunkt, als dem unsern, völlig unverständliche Entscheidung — denn Wegfall einer Schuld, auch einer Bürgschaftsschuld, ist, objektiv betrachtet, gewiß ein lucrum (wohl zu beachten, daß die Stelle in den Pandekten steht, also das beneficium excussionis nicht kennt) — ist ein erstaunlicher Beweis von der geistigen Freiheit der römischen Juristen, von ihrer Fähigkeit, den Kern einer Sache zu erfassen, und von der Kühnheit, mit der sie sich über den Buchstaben hinwegsetzen.

221) Was die l. 18 D. h. t. ausdrücklich sagt; und es ist nicht einzusehen, weshalb es mit der Pfandbestellung anders sein sollte. Doch glaubt dies Francke XVI, S. 128; Seuff. III, 274 (Lübeck); XX, 98 (Celle); VI, 124 (Celle).

222) Vergl. unten bei Note 226.

223) Windscheid § 365 Note 3. — Otto S. 123 meint gleichwohl, daß es auf den Schenkungsbegriff ankomme, und sieht S. 125 nicht nur den Fall des Pfanderlasses, sondern sogar auch den des Vermächtnisses (l. 6 § 13 D. h. t.) als positive Ausnahmen an.

224) So auch die herrschende Meinung. Vergl. z. B. Seuff. III, 276 (Lübeck); XXXIII, 356 (Berlin). Wenn Holzschuher S. 1165, Schönemann

rungsrecht dafür aufgiebt und dies von seinem Standpunkt aus — es ist Unkenntniß der Sachlage vorausgesetzt — eine angemessene Gegenleistung darstellt, überhaupt aber das Geben und Nehmen an Zahlungsstatt ein unter allen Umständen dem regelmäßigen Verkehr angehörendes Geschäft ist. Was würden unsere Kaufleute sagen, wenn man jede Bezahlung in Wechseln seitens eines Ueberschuldeten als lukratives Geschäft anfechten wollte! Man kann insbesondere nicht sagen, kein Gläubiger dürfe zum Nachtheil der anderen sein Forderungsrecht in der Weise verwerthen, daß er gegen datio in solutum es aufgiebt[225]; denn es ist Unkenntniß der Sachlage vorausgesetzt, also kann von „dürfen" keine Rede sein.

Aehnlich, aber anders, steht es bei der Pfandbestellung. Wir haben schon bemerkt, daß sie als lukratives Geschäft *unter Umständen* anfechtbar sein kann; es ist denkbar, daß ein Schuldner ein Pfandrecht unter Umständen gewährt, unter denen der Erwerb desselben für den Gläubiger ein überraschender Gewinn ist. Dagegen ist es nicht richtig, daß Erlangung eines ausreichenden Pfandrechts seitens eines Ueberschuldeten in allen Fällen als lukrativer Erwerb anfechtbar sei[226], obwohl *thatsächlich* der Gläubiger hier allerdings einen reinen Gewinn macht. Wenn das Pfand im natürlichen Verlauf einer geordneten Geschäftsverbindung erlangt worden ist, indem der Gläubiger vielleicht von Anfang herein nur unter der Voraussetzung, daß ihm Sicherheit gewährt werde, kreditirt hat, oder für die Zukunft die Geschäftsverbindung, insbesondere den Kredit, zu kündigen drohte, wenn ihm kein Pfandrecht eingeräumt würde, so liegt kein Grund vor, in der Erlangung eines Pfandrechts einen unentgeltlichen Erwerb zu sehen.

Zuweilen[227] findet man es als einen wesentlichen Unterschied behandelt, ob die gesicherte Forderung eine alte oder eine gleichzeitig mit

---

S. 27, beide ungefähr mit denselben Worten, versichern, die Meinung *Francke's*, die datio in solutum müsse immer als Gratifikation gelten, habe „in Sachsen keinen Eingang gefunden", so ist dies kein Wunder; denn *Francke* hat diese Meinung gar nicht (cf. *Francke* XVI, S. 264 Abs. 4 init.).

225) So *Windscheid* § 463 Note 33a.

226) Indeß ist *Windscheid* § 463 Note 33a dieser Meinung; ebenso *Seuff.* XXXIII, 335 (Oldenburg). Die entgegengesetzte Ansicht s. oben Note 221.

227) *Schweppe* § 82a S. 165. Motive S. 165 (für das gemeine Recht); u. a. m.

der Hingabe des Pfandes entstehende sei. Nicht selten werden allerdings diese Fälle verschieden, nämlich in jenem die Gewährung des Pfandrechts unentgeltlich, in diesem entgeltlich sein. Indeß dies ist nicht nothwendig, nicht einmal regelmäßig. Im ersten Fall kann das Entgelt in der Weitergewährung des Kredits bestehen und wird meist darin bestehen [228]; im zweiten Fall kann das Pfand gegeben werden, obwohl der Gläubiger den Willen erklärt hatte, auch ohne Sicherheit zu kreditiren. Die Meinung, daß die Quellen zwischen beiden Fällen einen wesentlichen Unterschied machen, ist nicht richtig.

Die l. 2 D. h. t. erklärt es ganz allgemein für anfechtbar, wenn der Schuldner

> ... pignora liberet vel quem alium in fraudem creditorum [229] praeponat (d. h. ihm ein Pfand bestellt, wie der Gegensatz zeigt).

Die l. 10 § 13 D. eod. hebt das vetus creditum allerdings hervor; aber nur, weil sie Pfandbestellung mit Zahlung vergleicht; natürlich wird ein Anspruch in der Regel nicht in demselben Augenblick erfüllt, in welchem er entsteht.

Die l. 22 D. h. t. ist ein responsum auf eine ganz bestimmte Frage; und es scheint, als ob Scävola es mißbilligte, daß die Frage sich auf das vetus creditum beschränkt, als ob er vermuthe, daß sich dahinter ein Irrthum berge. Dieser Irrthum, den er dann ausdrücklich abweist, ist allerdings nicht derjenige, den wir jetzt bekämpfen; aber schwerlich würde Scävola die Fragstellung auffällig gefunden haben, wenn die Unterscheidung zwischen der Pfandbestellung für eine neue und der für eine alte Schuld eine in der römischen Jurisprudenz übliche gewesen wäre.

---

228) Es kommt hier Alles auf den Willen der Parteien an; blos deshalb, weil einer dem Andern wechselseitig etwas gewährt, ist das Geschäft noch nicht entgeltlich; vielmehr können gegenseitige Schenkungen vorliegen (Vergl. Eck, Jen. Lit. Ztg. 1874 S. 589). — Die Casuistik bei Dernburg, Pfandrecht I, S. 200, und bei Hasenbalg (passim) ist nicht selten bedenklich.

229) ceterorum?

3. Kapitel.

§ 9. Die prozessuale Geltendmachung der Anfechtbarkeit.

Was über die materiellen Voraussetzungen der actio Pauliana zu sagen uns angemessen erschienen ist, haben wir erledigt. An zweiter Stelle möchte nunmehr über die prozessuale Geltendmachung jenes Rechtsmittels Einiges zu bemerken sein. Dabei werden wir zunächst eine prozessuale Voraussetzung dieser Geltendmachung erörtern, hiernach die Form derselben, endlich aber die betheiligten Personen behandeln müssen.

I.

Was die prozessuale Voraussetzung angeht, so kann die gemeinrechtliche Anfechtungsklage zwar in- und außerhalb des Konkurses angestellt werden; jedoch mußten nach römischem Recht die Gläubiger jedenfalls immittirt, und im gemeinen Recht muß etwas Entsprechendes geschehen sein.

Dieses Erforderniß ist nicht allgemein anerkannt[230]; diejenigen aber, die es aufstellen, werden dabei nicht nur von verschiedenen Gründen geleitet, sondern haben auch, bezüglich der Bedeutung, welche sie der römischen Immission für das gemeine Recht zusprechen, ganz verschiedene Dinge im Auge. Die Einen nämlich fordern Konkurseröffnung[231], die Anderen lassen sich mit einer fruchtlos versuchten Zwangsvollstreckung[232] genügen; und wiederum stellen Einige das Erforderniß auf, weil vorher die Beschädigung der Gläubiger nicht eingetreten sei[233], Andere deshalb, weil sie vorher nicht nachgewiesen werden könne[234], noch Andere, weil mit der Immission der Schuldner die Dispositionsbefugniß verloren habe[235].

---

230) Nicht von Windscheid § 463 Note 25; Schönemann S. 34 flg.; Reinhart S. 55 a. E.; Seuff. XV, 180 (Berlin).

231) Mit einer Ausnahme: Seuff. XXX, 100; XXXI, 299; XXXIII, 180 (sämmtlich Berlin); III, 25 (Cassel); a. M. ebenda Dresden.

232) Günther a. a. O. S. 786; Fitting, Archiv für die civ. Pr. Bd. XLIX, S. 313—318; Seuff. XVI, 171 (Kiel).

233) Unterholzner II, S. 94; Brinz S. 533; Otto S. 139; Huschke XIV, S. 38 flg., dessen ganz eigener Auffassung sich anschließt Seuff. XVIII, 86 (Oldenburg).

234) Seuff. III, 247 (München) und die Note 232 genannten.

235) Seuff. XIII, 202 (Berlin).

Die Quellen ſetzen mehrfach, wenn ſie von der actio Pauliana handeln, erfolgte Immiſſion als ſelbſtverſtändlich voraus [236]; geben ſie aber damit eine Vorbedingung der actio an? Oder nur die Umſtände, unter denen ſie gewohnt iſt angeſtellt zu werden?

Man hätte ſich für das Erſtere zu entſcheiden, wenn ein innerer Grund vorhanden wäre, aus dem nach römiſcher Anſchauung Anfechtung ohne Immiſſion unzuläſſig ſein müßte. Einen ſolchen Grund giebt es: Erſt mit der Immiſſion erlangten nach klaſſiſchem römiſchen Recht die Gläubiger die Befugniß, ſich über die Willensfreiheit ihres Schuldners hinwegzuſetzen. Vorher konnten ſie ſich ohne ſeine Zuſtimmung nicht einmal aus ſeinem eigenen Vermögen befriedigen; und ſie hätten ſich unter Mißachtung ſeiner Verfügungen an die Habe Dritter halten dürfen? Man denke auch an die Art der praktiſchen Realiſirung: Will man behaupten, daß der mit der actio Pauliana Klagende Eigenthümer des reſtituirten Objekts geworden ſei [237], während ſelbſt immittirte Gläubiger das Vermögen ihres Schuldners nicht unter ſich vertheilen durften, ſondern zum Verkauf desſelben verpflichtet waren? Oder will man annehmen, daß der Kläger an einer ihm vor erfolgter Immiſſion herausgegebenen Sache ohne weiteres Detention habe ausüben können? Wo ſind die Rechtsſätze, die dieſes Verhältniß näher regeln?

Dagegen hat die Immiſſion, wie oben gezeigt iſt [238], mit dem eventus fraudis nichts zu ſchaffen; weshalb ſie vollends wegen des Beweiſes der Beſchädigung unumgänglich ſein ſollte, und wie man die angeblich [239] mit der Immiſſion eintretende Unfähigkeit des Schuldners, über ſein Vermögen zu verfügen, in Zuſammenhang mit der Anfechtung vorher bewirkter Veräußerungen bringen kann, iſt nicht einzuſehen.

---

236) § 6 I. de act. IV, 6 (vergl. oben § 2 bei Note 10); l. 6 C. h. t. (vergl. Huſchke XIV, S. 44)? Wenn ferner in l. 10 § 1, § 9, § 10, § 11 D. h. t. ſogar bonorum venditio vorausgeſetzt wird, ſo iſt jener Ausdruck hier wohl für das Konkursverfahren überhaupt gebraucht; cf. § 11 cit.: .. veneant (tempus!).

237) Dafür Huſchke XIV, S. 68; dagegen l. 10 § 22 D. h. t. (in pristinum statum), l. 38 § 4 D. de usur. XXII, 1 (ut perinde sint omnia etc.), Brinz S. 529. — Vergl. unten § 11 bei Note 263 flg.

238) § 4 bei Note 78.

239) Nach röm. Recht war dies nicht einmal der Fall; vergl. Huſchke XIV, S. 66 Note 2.

Welche Momente nach gemeinem Recht die römische Immission vertreten, geht aus dem für sie angeführten inneren Grunde ohne weiteres hervor: Für die Anfechtung außerhalb des Konkurses nicht die fruchtlos versuchte Vollstreckung, sondern der Ablauf der Paritionsfrist, bez. der Erlaß des zweiten Mandats[240]; und für die Anfechtung in Bezug auf einen Konkurs die Konkurseröffnung.

II.

Ueber die Form der Geltendmachung ist nur Weniges zu sagen: Die Anfechtbarkeit kann natürlich sowohl durch Klage als auch durch Einrede[241] verfolgt werden. Die erstere wird in der Regel im Ordinarprozeß verhandelt; hier und da wohl auch in summario[242].

III.

Wir kommen zu den Personen des Anfechtungsprozesses: Wer kann die Anfechtung geltend machen, gegen wen kann sie geltend gemacht werden? Oder, um den Hauptfall hervorzuheben: Wer kann Kläger, wer Beklagter sein?

Wer nach römischem Recht habe klagen können, ist bestritten; gewöhnlich behauptet man, sowohl der curator bonorum als auch jeder einzelne Gläubiger; und zwar gelte das letztere nicht nur, wenn der betreffende Gläubiger allein, sondern auch, wenn er mit anderen immittirt gewesen sei[243].

Wir sind damit einverstanden, daß der curator bonorum habe klagen können; wir geben auch zu, daß einem Gläubiger, der allein

---

240) Aehnlich fordert das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 § 2 vollstreckbaren Schuldtitel (die Abweichung ist durch die Aenderung des Exekutionsverfahrens bedingt). Seuff. XIII, 202 — cf. oben Note 235 — macht unsern Standpunkt ebenfalls geltend, aber erst in zweiter Linie.

241) Wie l. 25 D. de reb. auct. jud. 42, 5 beweist, wenn man sich den möglichen Hergang beim Verfahren in jure vergegenwärtigt.

242) Windscheid § 463 Note 1 a. E. — Schönemann S. 7 nennt das „einen gewöhnlichen Sicherheitsarrest", obschon er als Zweck bezeichnet „rasche Herbeiziehung .. zur Konkursmasse."

243) Windscheid Note 25 und 26; Reinhart S. 128; Blätter f. R. Anwdg. zun. in Bayern XXX, S. 107—111 (= Seuff. XIX, 96); ebenda S. 129—134; Seuff. II, 115 (Lübeck); XXV, 198 (Stuttgart); XXVIII, 269 (Celle). Vergl. auch die oben Note 231 Angeführten.

immittirt war, der Gebrauch der actio Pauliana zustand. Kann man aber dieses Rechtsmittel auch jedem einzelnen von mehreren gleichzeitig immittirten Gläubigern gewähren?

Wenn man dies bejaht und sich dabei vergegenwärtigt, daß die actio Pauliana zur Vermehrung der Masse dienen sollte, auf welche sich eine Immission bezog[244]), so kann man nur von der einen oder der anderen von folgenden beiden Anschauungen ausgehen: Entweder muß man annehmen, daß jeder einzelne Gläubiger neben der allgemeinen Immission noch eine spezielle, ihm persönlich eine ausschließliche Macht über von ihm ermittelte Theile des schuldnerischen Vermögens gewährende Einweisung verlangen durfte; oder man muß voraussetzen, daß jeder von mehreren eingewiesenen Gläubigern zur Vertretung der Gesammtinteressen befugt gewesen sei.

Beide Meinungen würden unrichtig sein; die erstere, weil l. 12 p. D. de reb. auct. jud. 42, 5 ausdrücklich sagt, daß, wenn ein Gläubiger vom Prätor die Immission erlangt hat, die Betheiligung daran allen Gläubigern frei steht; die letztere, weil die l. 8 § 4 D. de reb. auct. jud. 42, 5 erkennen läßt, daß die Vertretung einer eingewiesenen Gläubigerschaft auch dann, wenn ein curator bonorum nicht bestellt wurde, besonders geordnet zu werden pflegte.

Es ist also die oben aufgeworfene Frage zu verneinen.

Im gemeinen Recht gilt im Allgemeinen Entsprechendes: Spezialexekution neben einem Konkurs ist unmöglich, und die Vertreter der Gläubiger sind die Konkurskuratoren. Also werden in der Regel während eines Konkurses nur diese[245]) zur actio oder exceptio Pauliana

---

244) Vergl. oben bei Note 230 flg. und unten § 11 bei Note 263 flg.

245) Otto S. 149 Abs. 3 nimmt einfach ein Gewohnheitsrecht an, welches, das römische Recht sei, wie es wolle, jeden Gläubiger zur Anfechtung legitimire. Man hat aber immer nur das römische Recht anwenden wollen, durchaus nicht die Ueberzeugung gehabt, daß jener Satz Rechtens sein müsse (vergl. Windscheid § 16 Note 3). — Auf den Fall, daß kein curator bonorum bestellt, sondern nur einem Gläubiger die Vertretung der anderen übertragen, bez. nur einer immittirt war, beziehen sich die Worte des Nachsatzes der l. 1 p. D. h. t.: »ei, cui de ea re actionem dare oportebit« (sc. actionem dabo). Mindestens ist dies, wenn man sich vergegenwärtigt, daß ein curator bonorum keineswegs bei jeder Immission bestellt wurde, die nächstliegende Deutung; nimmt man sie nicht an, so hätte das Edikt eine unerträgliche Lücke. A. M. Rudorff VIII, S. 76; Laspeyres S. 42.

aktiv legitimirt sein; der curator litis natürlich nur zum Gebrauch der letzteren [246]).

Indeß zwingen uns die Grundsätze des gemeinrechtlichen Konkursverfahrens, eine Ausnahme von dieser Regel zuzulassen: Ein einzelner Gläubiger ist zur Anstellung der Anfechtungsklage im Konkurse dann befugt, wenn er damit ein ihm nachtheiliges Vorzugsrecht beseitigen will; denn mit dem Prioritätsverfahren hat keiner der beiden Kuratoren sich zu befassen [247]).

Natürlich steht den Kuratoren die Geltendmachung der Anfechtbarkeit nicht kraft eigenen Rechts zu, vielmehr üben sie nur das Anfechtungsrecht der Gläubiger aus. Sie müssen also im gegebenen Falle darthun, daß unter den von ihnen vertretenen Gläubigern sich solche befinden, zu deren Gunsten die Voraussetzungen der actio Pauliana vorhanden sind [248]). Dabei ist zu beachten, daß auch für den Gesammt- und Sondernachfolger (Cessionar) des geschädigten Gläubigers geklagt werden kann [249]).

Der Veräußerer selbst oder seine Erben können die actio Pauliana nie gebrauchen [250]).

Wir wenden uns zur Person des Beklagten.

Beklagt werden kann einmal der Veräußerer selbst, was zwar in der Regel nur zur Herbeiführung der Schuldhaft dienen konnte [251]), indeß keineswegs so unpraktisch ist, als man meist annimmt; nämlich dann nicht, wenn der Veräußerer aus einer ihm angefallenen überschuldeten Erbschaft etwas weggegeben hat, von welcher er sich später abstinirt oder gegen deren Antretung er sich in den vorigen Stand einsetzen läßt [252]).

---

246) Seuff. XXIV, 298 (Lübeck).

247) Seuff. XXXI, 90 (Celle); XIX, 289 (Wolfenbüttel).

248) Seuff. XX, 97 (Kiel).

249) l. 10 § 25 D. h. t.

250) l. 4 C. h. t.

251) So lange diese bestand. Vergl. l. 1 p., l. 25 § 7 D. h. t.; Reinhart S. 63 Note 1.

252) l. 10 § 9—11 D. h. t.; Günther S. 787; oben § 6. — Otto S. 159 führt mit Recht weiter an, daß der Kridar durch Durchführung der actio Pauliana ihm gegenüber das beneficium competentiae verliert (vergl. Windscheid § 268 Note 9; außerdem l. 41 § 1 D. de re judic. 42, 1). — Scientia fraudis auf Seiten des Erwerbers ist selbstverständlich nicht Voraussetzung der Klage gegen den fraudator selbst, was auch Windscheid § 463 no. 4 andeutet.

Der regelmäßige Beklagte eines Anfechtungsprozesses ist indessen derjenige, der das in fraudem creditorum Veräußerte beim Vorhandensein der im vorigen Kapitel dargelegten Voraussetzungen erworben oder bewußt rechtswidrig bei der fraudulosen Veräußerung mitgewirkt hat; oder der Gesammtnachfolger desselben.

Wie steht es mit dem Sondernachfolger?

Man ist darüber einig, daß der gutgläubige Singularsuccessor nicht haftet; man streitet aber, ob der bösgläubige belangt werden könne. Der Streit dreht sich um die Frage, ob aus l. 9 D. h. t. ein Rückschluß auf die Haftbarkeit des bösgläubigen Singularsuccessors zu ziehen sei. Gegen die Zulässigkeit dieses argumentum a contrario hat sich vornehmlich Windscheid[253]) ausgesprochen; dafür Francke[254]), indem er bemerkt, dasselbe wäre nur dann zu wenig zwingend, wenn man es nur aus der Entscheidung der Stelle ableiten wolle; diese Entscheidung aber werde in der Stelle auch begründet, und zwar mit den Worten: »quia dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit«; der Grund würde sinnlos sein, wenn auch der dolose Singularsuccessor nicht haftete[255]).

Dies scheint einleuchtend. Gleichwohl hilft es uns nicht wesentlich weiter; nicht nur deshalb, weil den Beweisen, welche die römischen Juristen ihren Entscheidungen beifügen, erfahrungsgemäß nicht dasselbe Gewicht beizulegen ist, wie den Entscheidungen selbst[256]); sondern namentlich deswegen, weil sich besten Falls aus der l. 9 D. cit. entnehmen läßt, daß der bösgläubige Sondernachfolger haften kann; nicht aber, ob er immer haftet und wann er haftet.

Wir brauchen aber die l. 9 cit. überhaupt nicht. Die Frage ist einfach: Können die Voraussetzungen der actio Pauliana zu Lasten des Singularsuccessors vorhanden sein? Oder liegt in der Stellung desselben etwas, wodurch das Bestehen dieser Voraussetzungen ausgeschlossen wird?

---

253) Windscheid § 463 Note 23.

254) Francke LXII, S. 478 flg.; Seuff. XXXIII, 357 (Berlin); XXVIII, 92 (Wolfenbüttel); 93 (Wolfenbüttel). — Cessionsfall: Seuff. XX, 98 (Celle).

255) In der l. 9 cit. wird nämlich aus dem angegebenen Grunde die Haftung des gutgläubigen verneint.

256) Vergl. oben § 7 Note 132.

Diese Frage beantwortet sich selbst. Man würde schwerlich jemals die Möglichkeit bezweifelt haben, den zweiten, dritten u. s. f. Erwerber des vom Schuldner Veräußerten belangen zu können, wenn nicht von jeher die quellenwidrige Lehre geherrscht hätte, daß der Anfechtungsgegner nothwendig deliktisch gehandelt und einen Vertrag mit dem Schuldner geschlossen haben müsse. Ist derjenige, der eine vom Schuldner fraudulos derelinquirte Sache sich aneignet[257]), oder der etwas dem Schuldner Gehöriges deshalb ersessen hat, weil von diesem die Unterbrechung der Ersitzung absichtlich vermieden worden ist[258]), der Rechtsnachfolger des Schuldners? Ohne Zweifel nicht. Wenn er gleichwohl haftet, warum soll sein Rechtsnachfolger nicht haften? Wenn das Rechtsnachfolgerverhältniß für die Wirksamkeit der scientia fraudis des ersten Erwerbers ohne Einfluß ist, weshalb soll es die Bedeutung derselben beim zweiten vereiteln? Die Stellung als Rechtsnachfolger eines Anderen hat doch nur die Bedeutung, daß man sich auf das Recht des Urhebers berufen kann: Was soll das gegenüber einer Anfechtungsklage helfen, welcher der Urheber auch selbst ausgesetzt war?

Dagegen ist es richtig, und nur von Otto[259]), aber erfolglos, bestritten worden, daß der Rechtsnachfolger dessen, der unanfechtbar erworben hatte, nie haftet; er ist allerdings durch das Recht seines Vorgängers geschützt; man vernichtet die Veräußerungsbefugniß dieses letzteren, wenn man das bestreitet; und die Pflicht, welche aus der scientia fraudis entspringt, ist nur die, etwas für die Gläubiger zu bewahren, nicht die, etwas unanfechtbar Veräußertes ihnen wieder zu erwerben[260]). Wie kann man die Gläubiger verletzen, wie kann man ihnen verantwortlich werden durch Abschluß eines Veräußerungsgeschäfts, bei dessen Unterbleiben sie unter keinen Umständen die veräußerte Sache bekommen hätten oder zu verlangen berechtigt gewesen wären?

---

257) l. 5 D. h. t. Vergl. oben § 8, Note 188.

258) l. 3 § 1 D. h. t. — Der Erwerb ist in beiden Fällen ein originärer.

259) S. 114 Abs. 1; S. 115 sub β.

260) Vergl. oben § 8 bei Note 201 flg. cf. noch Francke LXII, S. 484; Motive S. 194. — Lukrative Erwerber? cf. Francke S. 482.

4. Kapitel.

Der Erfolg der Anfechtung.

§ 10. Mögliche Fälle.

An dritter und letzter Stelle haben wir in unserer Erörterung der gemeinrechtlichen Anfechtungsklage von dem Erfolg derselben zu handeln, von dem Gewinn, welchen sie den Gläubigern bringt, oder, vom Standpunkt des Anfechtungsgegners aus betrachtet, von dem Umfang der Verbindlichkeit, welche diesem obliegt.

Nach dem, was wir oben von der scientia fraudis gesagt haben, müssen wir auch hier drei Fälle unterscheiden: Anfechtung gegen den, der wissentlich und willentlich, also deliktisch, das Veräußerte an sich gebracht oder wenigstens zur Veräußerung mitgewirkt hat; sodann gegen den, der wissentlich, aber nicht deliktisch, also ohne sein Zuthun, erworben hat und nur quasi ex contractu haftet[261]; und diejenige Anfechtung, welche stattfindet, ohne daß scientia fraudis vorliegt.

§ 11. Die Haftung ex delicto.

Wenn der Anfechtungsgegner, sei es, um dem Schuldner die Veräußerung zu ermöglichen[262], sei es, um seinerseits zu erwerben, gehandelt hat — was unstreitig der häufigste Fall ist —, so gilt die Regel, daß die Gläubiger mit der actio Pauliana erlangen müssen, was sie gehabt haben würden, wenn die anzufechtende Handlung nicht vorgenommen worden wäre. Die l. 38 § 4 D. de usuris XXII, 1 sagt dies ausdrücklich:

> Praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset.

Derselbe Grundsatz wird von der l. 10 § 22 D. h. t. ausgesprochen, wenn auch nur im Hinblick auf den besonderen Fall eines fraudulosen Schulderlasses:

> ... sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset.

Man wird zunächst geneigt sein, beide Stellen so zu verstehen,

261) Vergl. oben § 8 bei Note 196 flg.
262) Vergl. oben § 8 Note 198.

daß die Gläubiger ebenso viel bekommen müssen, als sie ohne die anfechtbare Handlung haben würden. Man muß aber die in jenen Aussprüchen der Quellen enthaltene Regel in einem allgemeineren Sinn auffassen: Die Gläubiger müssen zu dem, was ihnen zurückgewährt wird, auch in dasselbe rechtliche Verhältniß gesetzt werden, in dem sie ohne das anzufechtende Verfahren sein würden; sie müssen also Verkaufsbefugniß und — eventuell — Detention erhalten.

Huschke ist anderer Meinung. Er glaubt, das Recht an dem Veräußerten müsse den Gläubigern eingeräumt werden; denn er lehrt bezüglich des klassischen römischen Rechts, daß der Anfechtungsgegner die Gläubiger mittelst mancipatio und traditio zu Eigenthümern und Besitzern habe machen müssen[263]). Indeß dies ist nicht richtig. Es wird nicht nur in den Quellen nirgends gesagt; es giebt nicht nur zudem keinen allgemeineren Grund, der Huschke's Annahme unterstützte; es widerspricht endlich diese auch nicht blos den allgemeinen Aussprüchen der l. 38 § 4 und l. 10 § 22 D. citt.; sondern namentlich wird Huschke direkt widerlegt durch die l. 3 § 1 D. h. t. Hier wird gelehrt, daß mit der actio Pauliana Wiederherstellung eines Nießbrauchs gefordert werden könne, welchen der Schuldner absichtlich non utendo verloren hat[264]). Offenbar kann vom Anfechtungsgegner nicht verlangt werden, daß er den Nießbrauch, der von der Lebensdauer des Schuldners abhängig war, von der Lebensdauer desjenigen einer ganzen Anzahl Gläubiger abhängig mache, welcher am längsten lebt[265]).

Dies wäre also der Grundsatz. Die Anwendung desselben auf den einzelnen Fall wird uns klar werden, wenn wir zunächst den Inhalt der Hauptforderung, dann die Nebenansprüche, endlich die Vertheidigungsmittel des Beklagten besprechen.

---

263) Huschke XIV, S. 68.

264) Es heißt: .. si usumfructum vel servitutem amittit. Daß amittere non utendo gemeint ist, geht aus dem Zusammenhang hervor, denn es ist von der Anfechtbarkeit der Unterlassungen die Rede.

265) Die Gläubiger würden den Nießbrauch der Ausübung nach veräußern; dann würde seine Dauer nach unserer Ansicht und nach Analogie der l. 10 § 23 D. h. t. — resolutiv befristete Forderungen — von der Lebenszeit des Schuldners, nach Huschke's Meinung von derjenigen des am längsten lebenden Gläubigers abhängen (Windscheid § 205 init. und eod. Note 4 i. med.). — Die l. 3 § 1 D. cit. gehört übrigens zu den Stellen, welche Huschke auf das bezieht, was er selbst actio Pauliana nennt!

I.

Die Hauptforderung geht zuvörderſt auf Rückgewähr des Veräußerten in Natur[266]).

Wird ſolche Rückgewähr durch Verſchulden[267]) des Anfechtungsgegners unmöglich, ſo verwandelt ſich der Anſpruch in eine Intereſſeforderung. Dieſe iſt hier, wie überall[268]), nicht nothwendig eine Forderung auf Geld; unter Umſtänden iſt den Gläubigern auf andere Weiſe beſſer gedient: Wenn der Anfechtungsgegner einen Anſpruch auf die betreffende Sache gegen einen Dritten hat, ſo können die Gläubiger ſtatt einer entſprechenden Geldſumme die Abtretung jenes Anſpruchs fordern[269]); ſie können jeder Zeit Alles verlangen, was zur Erreichung des Zieles dient,

ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset.

Beſtritten iſt der Fall der Anfechtung einer verfrühten Zahlung. Einige[270]) meinen, hier könne nur der Zwiſchenzins gefordert werden;

---

266) Im röm. R. war ſie actio arbitraria, d. h. durch Rückgewähr in Natur konnte ſich der Beklagte der Condemnation entziehen; vergl. oben § 2 Note 39. — Man darf nicht ſagen: Rückgabe in Natur; es kann beiſpielsweiſe auch Wiederherſtellung erlaſſener Forderungen (l. 10 § 14 und § 15, l. 14, l. 10 § 23 D. h. t.), Beſeitigung eines Retentionsrechts (R. O. H. G. XVII, no. 63), kurz, Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes gefordert werden. Cf. oben § 5 bei Note 85 bis 90.

267) Durch Verſchulden! Denn obwohl der Anfechtungsgegner häufig ein ſolcher iſt, welcher durch Delikt einen Gegenſtand Jemandem entzogen hat (vergl. Windſcheid § 278 bei Note 7, § 280 Note 15), ſo läßt ſich doch die Regel: Semper moram fur facere videtur deshalb nicht analog auf ihn anwenden, weil er vor der Konkurseröffnung zur Rückgabe des Veräußerten nicht verpflichtet iſt. Daher haftet er, wie wir noch auf Grund der Quellen zeigen werden, auch hinſichtlich der Früchte nicht analog dem fur. Vergl. aber § 34 bei Note 737.

268) Windſcheid § 257 bei Note 6.

269) l. 14 D. h. t.; Windſcheid § 264 bei Note 6.

270) Windſcheid § 463 bei Note 35; Sintenis S. 735 Anm. 26; Bangerow S. 615; Seuff. III, 276 (Lübeck); Fiſcher S. 30. Der letztere verwerthet hier und anderwärts — bei der Frage der Anfechtbarkeit der datio in solutum — das Argument, daß die gegentheilige Meinung im römiſchen Recht gar nicht realiſirbar geweſen ſei, weil in dem gewiß häufigen Fall der Ceſſion der a. P. an den bonorum emtor der Anfechtungsgegner im Wege der Aufrechnung — deductio — das ſofort habe zurückfordern können, was man ihm etwa auf Grund der von Fiſcher bekämpften Anſichten habe abfordern wollen. Dabei iſt überſehen, daß die deductio nur ſtattfand, wenn der bonorum emtor als ſolcher,

Andere[271]) geben Klage auf das, was die Gläubiger gehabt haben würden, wenn die Fälligkeit abgewartet worden wäre. Beiderseits beruft man sich auf Quellenstellen, und zwar auf dieselben Quellenstellen. Hieraus läßt sich schon vermuthen, was denn auch in der That der Fall ist, daß diese Stellen nichts entscheiden. Es handelt sich um zwei Aussprüche der Digesten. In dem einen heißt es, daß die geschädigten Gläubiger Ausgleichung ihres Schadens fordern können[272]); in dem andern wird gelehrt, daß der befriedigte Gläubiger seinen Gewinn herausgeben muß[273]). Beides richtig; es fragt sich aber gerade, wie hoch jener Schaden, dieser Gewinn zu veranschlagen ist.

Da scheint nun kein Grund vorhanden, die im Begriff des Interusurium liegende allgemeine Präsumtion anzuwenden, da sie doch der Lage des besonderen Falls nachweislich nicht gerecht wird. Wenn es nämlich auch im Allgemeinen zutrifft, daß derjenige, dem eine noch nicht fällige Forderung bezahlt wird, den Zwischenzins gewinnt, so gewinnt doch ganz offenbar derjenige viel mehr, dem ein überschuldeter Schuldner vorzeitig eine Forderung bezahlt, welche erst nach der Konkurseröffnung zu erfüllen gewesen wäre. Die Theorie von der Haftung auf das interusurium ruht auf der gewiß richtigen, aber hier ganz unbrauchbaren Vorstellung, daß der ökonomische Werth einer — unverzinslichen — Forderung im Augenblick einer vorzeitigen Zahlung

---

also mit der a. Serviana oder Rutiliana klagte; sonst war nur die Compensation zulässig, d. h. der Anfechtungsgegner konnte nur die bei der bonorum venditio für ihn ausgeworfenen Procente in Gegenrechnung stellen. — Wenn ich übrigens hier von der herrschenden, allgemein auf G. IV, 65—68 gestützten Ansicht ausgegangen bin, wonach mittelst der deductio nicht nur jene Procente, sondern die Nominalbeträge der Gegenforderungen hätten geltend gemacht werden können, so ist mir dennoch diese Ansicht ganz unerklärlich. Ich entnehme aus jener Stelle das Gegentheil; G. IV, 65: deducto eo, quod ... bonorum emtor defraudatoris nomine debet; nicht: quod defraudator debet! Der bonorum emtor schuldete nur Procente.

271) Günther, S. 784; Francke XVI, S. 266 flg.; Laspeyres S. 75; Seuff. III, 272 (Lübeck); 275 (Dresden).

272) l. 17 § 2 D. h. t.: ... tantum praestabit, quanti creditorum intererat, dotem suo tempore reddi.

273) l. 10 § 12 D. h. t.: .. in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore. — Krische S. 651 meint, das commodum in repraesentatione bedeute sonst stets das Interusurium. Sonst! Wo denn?

dem Nominalbetrag des Geschuldeten abzüglich des Zwischenzinses entspreche. Dieser Vorstellung wird unbewußt die andere, falsche[274]) untergeschoben, daß der Schuldner in diesem Zeitpunkt nur jenen Werth schuldig sei; und daraus wird der, ganz abgesehen von der falschen Prämisse, schon an sich falsche Schluß gezogen, daß auf Entrichtung dieses Werths die Regel von der Unanfechtbarkeit der Zahlungen Anwendung leide; ein falscher Schluß deshalb, weil zu der fraglichen Zeit der Schuldner, selbst wenn er nur jenen Werth schuldig wäre, denselben zu bezahlen doch eben so wenig verpflichtet sein würde, als er den Gesammtbetrag seiner Schuld zu dieser Zeit berichtigen muß[275]).

II.

Soviel vom Inhalt der Hauptforderung. Wie steht es mit den Nebenansprüchen, mit Früchten und Zinsen?

Von Alters her hat man hier über das Verhältniß zwischen l. 10 §§ 19—22 D. h. t. sowie l. 38 § 4 D. de usur. XXII, 1 einerseits und l. 25 §§ 4—6 D. h. t. andererseits gestritten, theils einen Widerspruch zwischen diesen Stellen gefunden[276]), theils ihn zu beseitigen oder wenigstens zu erklären versucht. Daß ein Widerspruch vorliege, ist von vorn herein sehr unwahrscheinlich; gleichwohl sind die Erklärungsversuche bisher sämmtlich mißglückt.

Die Unwahrscheinlichkeit eines Widerspruchs liegt darin, daß von den drei angeführten Stellen diejenigen beiden, auf welche es in erster Linie ankommt, gerade die sind, welche in demselben Titel der Digesten stehen. Gleichzeitig haben gerade diese beiden einen beträchtlichen Umfang. Man mag von Justinian's Compilatoren noch so gering denken, daß sie in dieser handgreiflichen Weise Controversen codificirt hätten, kann man ihnen denn doch kaum zutrauen.

Erklärungsversuche giebt es vier.

Einige[277]) nehmen an, es habe in der fraglichen Hinsicht eine Verschiedenheit zwischen actio Pauliana und interdictum fraudatorium

---

274) Vergl. darüber Windscheid § 274 Note 1 a. E.

275) Was von Befriedigung des befristeten Anspruchs gilt, ist auch über Bezahlung einer suspensiv bedingten Schuld vor Eintritt der Bedingung zu sagen; vergl. Otto S. 76 flg.

276) Windscheid § 463 Note 17; Krische S. 638.

277) Dabelow S. 448; Rudorff VIII, S. 96; Schmidt, Inter-

beſtanden; die l. 10 §§ 19—22 cit. beziehe ſich auf die actio, die l. 25 §§ 4—6 D. cit. auf das Interdikt. Dieſe Annahme iſt einmal willkürlich; und zweitens verträgt ſich mit ihr nicht, daß in l. 38 § 4 D. de usuris XXII, 1 gerade bezüglich des Umfangs der Fruchtpräſtation von Paulus, wie Huſchke[278]) ſehr richtig ſagt, in vernünftiger Weiſe und in vernünftigem Latein vom Recht des Interdikts auf das der Pauliana geſchloſſen wird. Paulus kann alſo von einem hier beſtehenden Gegenſatze zwiſchen beiden Rechtsmitteln nichts gewußt haben.

Huſchke[279]) ſelbſt meint, die l. 10 cit. handle nur von fructus cohaerentes. Fragt man nach dem Beweiſe, ſo giebt es keinen anderen, als Huſchke's Vermuthung, daß in einem von den Compilatoren weggelaſſenen Paragraphen dies ausdrücklich müſſe geſtanden haben. Für dieſe Vermuthung wiederum ſpricht gar nichts, gegen ſie der einfache Umſtand, daß ſie den Widerſpruch im Geſetz, wie es nun einmal vorliegt, nicht beſeitigt oder auch nur erklärt und den Compilatoren, anſtatt ihnen den Vorwurf, in der leichtfertigſten Weiſe beſtehende Controverſen codificirt zu haben, zu erſparen, den viel ſchwereren aufbürdet, daß ſie ſolche erſt geſchaffen hätten.

Andere[280]) behaupten, die l. 10 cit. handle von der Haftung des conscius fraudis, l. 25 cit. von der Haftung des lukrativen Erwerbers auf die noch vorhandene Bereicherung. Das heißt nicht nur wiederum den Compilatoren zutrauen, daß ſie den weſentlichſten Paragraphen[281]), diesmal in dem letzteren Geſetze, weggelaſſen hätten; ſondern es widerſpricht auch ganz unmittelbar den ausdrücklichen Anordnungen dieſer Stelle. Denn hier iſt ganz unzweideutig von den zur Zeit der anfechtbaren Veräußerung noch ungeernteten, keineswegs von den zur Zeit der Klagerhebung noch vorhandenen Früchten die Rede[282]).

---

diktenverfahren S. 42, beſ. Note 15; Otto S. 168; ſchon Cujacius comment. in lib. XI respons. Papiniani ad l. 96 D. de solut. 46, 3.

278) Vergl. oben § 2 Note 16.

279) Huſchke XIV, S. 107.

280) Unterholzner II, S. 98, Note e; Reinhart S. 143.

281) Nämlich den, der ſo zu ſagen das Thema der dortigen Erörterung enthalten hätte.

282) l. 25 cit. § 4: Non solum autem ipsam rem alienatam restitui

Am entschlossensten verfährt Göppert[283]). Er naht der l. 38 § 4 D. de usuris XXII, 1 mit der gewaltthätigen Interpretation, daß sie allein von den nach Eintritt des Verzugs zu leistenden Früchten handle; für den Fall, daß die Stelle sich diesem Verfahren nicht fügt — was Göppert selbst zu fürchten scheint —, straft er sie wegen ihrer „oberflächlich eilenden Aufzählung" mit Verachtung und versucht ausschließlich l. 10 cit. und l. 25 cit. zu vereinigen. Er giebt als Sinn beider Stellen an, es müsse restituirt werden, was der Schuldner hatte und in Folge des anfechtbaren Geschäfts nicht mehr hat. Hieraus schließt er folgerichtig, daß fructus civiles, welche der Anfechtungsgegner gezogen hat, nie restituirt zu werden brauchen; dies soll denn auch die l. 10 § 22 cit. ausdrücklich bestätigen. Zum Unglück aber thut sie das nicht, sondern sagt betreffs ausdrücklich stipulirter und[284]) kraft Gesetzes geschuldeter Zinsen sogar das Gegentheil[285]).

Gleichwohl widersprechen jene drei Stellen sich in der That nicht; sie vereinigen sich auf Grund des an die Spitze dieses Paragraphen gestellten Princips, daß die Gläubiger erhalten müssen, was sie gehabt haben würden, wenn das anfechtbare Geschäft nicht vorgenommen worden wäre. Göppert meint zwar, dies Princip sei „anerkannter Maßen" nicht das der actio Pauliana, und er hat darin Recht, daß es sonst noch von Niemandem aufgestellt und[286]) durchgeführt worden ist[287]); nur will dies nicht viel sagen, da diese Uebereinstimmung der Meinungen lediglich verneinender Natur ist, eine positive Einigung über die einschlagenden Grundsätze aber überhaupt nicht besteht.

Vor der näheren Betrachtung der fraglichen drei Stellen muß man sich vergegenwärtigen, daß die Vermeidung eines Erwerbs nicht an-

---

oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent etc.

283) Organische Erzeugnisse S. 230 Note 7.

284) Offenbar muß sowohl des Sinnes als auch des Satzbaues wegen gelesen werden: aut si non talis; vergl. die folgende Note.

285) .. dum usurae non praestantur, si in stipulatum deductae non fuerunt, aut si non talis contractus fuit, in quo usurae deberi potuerunt etiam non deductae.

286) Aufgestellt, aber nicht durchgeführt hat es neuerdings Otto S. 166.

287) Was angesichts der Worte: »ut perinde sint omnia ac si nihil alienatum esset« wunderbar genug ist.

fechtbar ist. Dementsprechend liegt den beiden Stellen in h. t. D., um uns zunächst zu diesen zu wenden, folgender gemeinsame Gedanke zu Grunde: Früchte der Zwischenzeit, deren Nichterwerb keine Vermögensverminderung, sondern Ausschlagung eines Erwerbs ist, die also ohne besondere Erwerbshandlung in das schuldnerische Vermögen ohnehin nicht gelangt sein würden, können mit der actio Pauliana nicht gefordert werden[288]). Denn daß ein Schuldner, der in fraudem creditorum veräußert hat, in deren Interesse Erwerbungen vorgenommen haben würde, läßt sich nicht präsumiren; Früchte der angegebenen Art würden also auch beim Unterbleiben der anfechtbaren Veräußerung den Gläubigern nicht zu Gute gekommen sein. — Außerdem ist in beiden Stellen noch von den nach Eintritt des Verzugs gewonnenen oder zu gewinnenden Nutzungen, der causa rei[289]), die Rede.

Insbesondere handeln in l. 10 cit. die §§ 19—21 von der causa rei: »... cum sua scilicet causa. Et fructus non solum etc.[290]). — Dieses Et ist zum Theil die Ursache der Mißverständnisse. Man hat geglaubt, es als den Uebergang zu etwas Neuem, und die fructus, deren Besprechung es einführt, als den Gegensatz zur causa rei fassen zu müssen; es heißt aber: „Und zwar"[291]), und die fructus sind als ein Theil der causa rei gedacht, wie z. B. auch in l. 17 § 1 D. de rei vindic. VI, 1[292]).

Von diesen, einen Theil der causa rei bildenden Früchten wird nun gelehrt, daß sie nach Abzug der auf ihre Gewinnung gemachten Verwendungen — welche ja die Gläubiger hätten tragen müssen, wenn ohne Verzug restituirt worden wäre — herauszugeben seien. Dasselbe

---

288) Man kann sich das sehr klar machen, wenn man die l. 6 § 5 D. h. t. (Si servum suum heredem institutum alienavit, ut jussu emtoris adeat, si quidem in venditione nulla fraus est, sed in hereditate sit, cessat Edictum, quia licuit ei etiam repudiare hereditatem; at si in ipsa servi alienatione fraus est, revocabitur, quemadmodum si eum in fraudem manumisisset) ansieht und sich fragt: Wie wird es im zweiten der dort behandelten Fälle mit der Erbschaft?

289) Windscheid § 280 Note 3.

290) Ueber »a fraudatore« vergl. unten bei Note 301 bis 302.

291) Georges, Lat.-deutsch. Lexic., Et. I, d.

292) .. Julianus scribit, si moram fecerit ... possessor, ... non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam.

wird dann vom partus ancillae für den Fall gesagt, daß dieser als causa rei erscheint.

Mit § 22 beginnt etwas Neues; und das wird von Ulpian so kräftig hervorgehoben, daß man ihm trotz des oben besprochenen zweideutigen Et den Vorwurf der Unklarheit nicht machen kann. § 22 wird nämlich mit den Worten eingeleitet: Praeterea generaliter sciendum est; d. h. Außerdem muß man im Allgemeinen — also abgesehen von dem besonderen Fall der causa rei — wissen. Und was ist es, das man im Allgemeinen wissen muß? Daß alle Früchte der Zwischenzeit zu restituiren sind, wie man die Stelle gewöhnlich versteht? Keineswegs; sondern, daß zu restituiren ist

... medii temporis commodum, quod quis — d. i. der klagende Gläubiger — consequeretur liberatione[293] non facta.

Dies wird nun sofort in's Einzelne verfolgt, und insbesondere hervorgehoben, daß solche Zinsen, und zwar für die ganze Zwischenzeit, mit zu erstatten sind, hinsichtlich deren zur Zeit der Liberation eine gesetzliche oder vertragsmäßige Zinsverbindlichkeit schon bestand[294]; dagegen sonstige Zinsen nicht; also keine Verzugszinsen von der Zeit an, wo der Anfechtungsgegner bei Unterbleiben der Zahlung in Verzug gekommen sein würde, wenn ihm die Schuld nicht erlassen worden wäre[295]. Woher der Unterschied? Offenbar im Sinne des oben von uns als Grundgedanke der beiden fraglichen Stellen bezeichneten Satzes: Einerseits ist nicht zu vermuthen, daß der Anfechtungsgegner, wenn die Schuld unerlassen geblieben wäre, nicht rechtzeitig gezahlt hätte; und ebensowenig zu erwarten, daß der Schuldner, wenn er in Besitz des Capitals gelangt wäre, also die anfechtbare Liberation nicht vorgenommen hätte, auf Zinsenziehung im Interesse der Gläubiger bedacht gewesen sein würde. Andererseits ist Erlaß schon bestehender Zinsverbindlichkeiten, wie jeder Schulderlaß, eine anfechtbare Handlung.

Wie man übrigens auch zu dieser Interpretation sich stellen möge, so viel ist unbestreitbar, daß die Stelle wörtlich die Regel enthält (unter Hervorhebung der schon erwähnten Ausnahmen): »usurae non prae-

293) Die Stelle handelt von einem anfechtbaren Schulderlaß.

294) Vergl. oben Note 285.

295) Noch viel weniger natürlich Zinsen von einer unverzinslichen Forderung, die keinen bestimmten Zahlungstag hat.

stantur«, und daß es also eine unrichtige Abstraktion ist, wenn man behauptet, sie enthalte den Grundsatz, daß für sämmtlichen Gewinn der Zwischenzeit gehaftet werde. Dennoch ist es hauptsächlich diese unrichtige Abstraktion — abgesehen von dem Mißverständniß des oben besprochenen Et —, durch welche man verleitet worden ist, zwischen l. 10 cit. § 19 flg. und l. 25 cit. § 4 flg. einen Widerspruch zu finden.

In Wahrheit geht diese letztere Stelle von den nämlichen Grundsätzen aus, wie die erstere, und wendet dieselben nur auf andere Fälle an.

Die l. 25 § 4 flg. enthält ebenfalls die bekannten Regeln über die causa rei; außerdem lehrt sie betreffs des sonstigen Gewinns der Zwischenzeit, daß Früchte eines Grundstücks, die zur Zeit der Veräußerung desselben bereits vorhanden, aber noch ungetrennt waren, mit herausgegeben werden müssen; dagegen spätere, damals noch nicht existente Früchte dem Beklagten verbleiben[296]). Natürlich! Denn es kann nicht vorausgesetzt werden, daß der Schuldner, wenn er im Mangel eines Abnehmers das Feld hätte behalten müssen, es noch einmal bestellt und also Früchte, die allein den Gläubigern zu Gute gekommen wären, gezogen haben würde; eine solche Unterlassung würde auch, als bloßes id agere, ne locupletetur, unanfechtbar sein. Dagegen, wenn der Schuldner bereits vorhandene Früchte nicht erntet, so läßt er etwas verderben, was ihm schon gehört, veräußert also anfechtbar.

Die Richtigkeit dieser Auslegung wird auf das Schlagendste durch den Inhalt des § 6 eod. bestätigt. Hier wird eine von Labeo aufgeworfene Zweifelsfrage erörtert; nämlich ob man nur von Vernachlässigung reifer Früchte sagen könne, daß der Schuldner veräußere, was er schon habe, oder ob dasselbe auch von unreifen gelte[297]). Wie

296) Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent, quia in bonis fraudatoris fuerunt (also das Nichternten derselben eine fraudulose Veräußerung bedeutet; keineswegs enthalten diese Worte eine Anspielung auf den Wortlaut des interdictum fraudatorium, wie Schmidt, Interdiktenverfahren S. 42 meint. Das dortige »in bonis« hat einen ganz anderen Sinn; cf. oben § 6); item eos, qui post inchoatum judicium recepti sint; medio autem tempore perceptos in restitutionem non venire.

297) Fructus autem fundo cohaesisse non satis intelligere se Labeo

kommt Labeo auf dieses Bedenken? Von unserm Standpunkt aus ist das sehr erklärlich; er dachte an solche Früchte, die vor der Reife noch besonderer Pflege bedürfen, und er glaubte — mit Recht —, daß das Unterlassen dieser Pflege seitens des Schuldners keine Veräußerung, sondern nur die Vermeidung eines Erwerbs darstelle. Wie erklärt man aber von anderen Standpunkten aus den Zweifel Labeo's? Durch Einführung einer unbekannten Größe. Huschke[298]) meint nämlich, es habe eine uns nicht erhaltene Stelle des Edikts den Anschein erweckt, als ob die Früchte nicht als Nebenleistungen, sondern als selbstständige Gegenstände der Restitution zu behandeln seien. Daran habe Labeo Anstoß genommen; deshalb werde auch in § 6 cit. die Unselbstständigkeit der Früchte betont. Dieses letztere ist richtig; nur bezieht sich diese Stelle des Paragraphen nicht auf das eigentliche Bedenken Labeo's; nur findet die Betonung der Unselbstständigkeit der Früchte erst dann statt, nachdem Labeo jenes Bedenken in einem mit »Ceterum etiamsi« eingeleiteten Satze ausdrücklich, wie man in der Praxis sagt, „in die Gabel gestellt" hat[299]).

Und die l. 38 § 4 D. de usur. XXII, 1? Die Stelle will persönliche Klagen aufzählen, bei denen auch Früchte restituirt werden müssen; in welchem Umfang, darüber enthält sie nichts und kann sie nicht wohl etwas enthalten, weil die Frage nach dem Umfang der Fruchtprästation immer auf Grund der Natur des einzelnen Rechtsmittels zu untersuchen ist[300]), also nicht im Rahmen einer einfachen Aufzählung erledigt werden kann.

---

ait, utrum dumtaxat qui maturi an etiam qui immaturi fuerint, Praetor significet.

298) Huschke XIV, S. 109. — Für die Annahme des unbekannten Edikts glaubt man einen Anhalt zu finden in den Worten des § 6 (vergl. die vorige Note): Praetor significet. Dazu ist aber einfach zu ergänzen: verbo »restituas« (cf. l. 10 p. D. h. t.; und über die prägnante Bedeutung dieses Wortes: l. 38 § 4 D. de usur. XXII, 1; l. 246 § 1 D. de verb. signif. L, 16).

299) Die Stelle fährt nach den oben Note 297 angeführten Worten fort: Ceterum etiamsi de his senserit, qui maturi fuerint, nihilo magis etc. — Man wird Labeo's Bedenken dahin beantworten müssen, daß dem Anfechtungsgegner nur so viel abgefordert werden darf, als die zur Zeit der Veräußerung noch ungeernteten Früchte ohne besondere Pflege werth geworden sein würden.

300) l. 246 § 1 D. de verb. sign. L, 16: Tota restitutio juris est interpretatio (interpretationis?). — Die l. 38 cit. sagt überdies ausdrücklich, daß

Nur soviel muß man Göppert gegenüber behaupten, daß die l. 38 § 4 cit. solche Rechtsmittel nicht mit aufzählen will, bei denen außer der Hauptsache nur die causa rei gefordert werden kann[301]). Denn sonst hätte Paulus alle persönlichen Klagen zu nennen gehabt; soviel Mühe würde er schwerlich aufgewendet haben, um seinen Lesern einen einzigen Satz aus der Lehre von den Wirkungen des Verzugs zu verdeutlichen; mindestens wäre ein solches Verfahren weder pädagogisch noch literarisch sehr geschickt gewesen.

Wir wollen übrigens nicht verschweigen, daß bei der hier gegebenen Auslegung der drei Pandektenstellen noch ein Bedenken bleibt, wenn schon dasselbe im Vergleich mit denen, welche durch sie beseitigt werden, geringfügig ist. Es ist auch nicht unüberwindlich; seine Ueberwindung kostet aber einen schmerzhaften Schnitt. Der Stein des Anstoßes liegt in den Worten: »a fraudatore« in l. 10 § 20 D. h. t. Wenn nämlich diese Stelle von der causa rei handelt, wie wir behauptet haben, so sollte man statt »a fraudatore« erwarten »ab actore«; denn die causa rei ist der Inbegriff der Nebenvortheile, die der Kläger gehabt haben würde, wenn ohne Verzug erfüllt worden wäre.

Erwägt man aber das energische: »Praeterea generaliter« im Anfang des § 22, was doch offenbar irgend etwas zu bedeuten haben muß; erwägt man weiter, daß aus dem Schlusse des § 20 cit., wo von Verwendungen gesprochen wird, die im Einverständniß mit den Gläubigern gemacht worden sind, hervorgeht, die Stelle handle von einer Zeit, wo schon der Anfechtungsgegner hinsichtlich des veräußerten Gegenstandes in Verhandlung mit den Gläubigern getreten ist, was doch schwerlich ohne Mahnung von Seiten der Letzteren geschehen sein wird; bedenkt man endlich, daß, wenn l. 10 § 20 cit. sich nicht auf die causa rei, sondern auf die fructus medii temporis bezöge, er keineswegs nur mit l. 25 §§ 4—6 D. h. t., sondern auch mit dem »usurae non praestantur« des § 22 der l. 10 selbst in innerem Widerspruch stehen würde, so wird man die Worte: »a fraudatore« eben nur als ein Problem, nicht als ein Argument gegen unsere Auffassung der Stelle ansehen dürfen.

---

sie nur »generaliter« die Sache behandeln wolle (l. 38 p. cit. Vergl. oben § 2 Note 14).

301) Schmidt, Interdiktenverfahren S. 43.

Wir möchten sie für eine Interpolation halten; nicht etwa blos deshalb, weil diese Annahme das bequemste Mittel ist, sie zu beseitigen — wiewohl für unsere Auslegung der Stelle so viele, innere und äußere, Gründe sprechen möchten, daß eine so leichte Berichtigung des Textes vielleicht schon von vorn herein nicht unberechtigt wäre —, sondern aus einem sprachlichen Grunde. Wenn es nämlich heißt:

.. fructus non tantum, qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt —

so haben offenbar die beiden Worte potuerunt und a fraudatore, den Ton; das erstere durch die Gegenüberstellung des wirklich vorhandenen sunt, das letztere durch den Gegensatz zu dem vor percepti sunt in Gedanken zu ergänzenden »a reo«. Es würde aber stylistisch höchst ungeschickt sein, diese beiden sonach betonten Worte in der Weise, wie sie jetzt neben einander stehen, zusammen zu stellen; es würde namentlich gegen den Genius des lateinischen Styls verstoßen. Ein Römer hätte, um auszudrücken, was die Stelle nach der herrschenden Meinung sagen soll, etwa geschrieben: .. qui a fraudatore percipi *potuerunt*; wahrscheinlich würde er, wenn er die Worte »a fraudatore« einmal gebraucht hätte, auch vorher nicht einfach gesagt haben: qui percepti sunt, sondern: qui *sunt* percepti a reo; oder aber, er hätte statt dieser chiastischen Entgegensetzung vielleicht auch die anaphorische gewählt: .. qui a reo percepti *sunt*, verum etiam hi, qui a fraudatore percipi *potuerunt*. Jedenfalls aber hätte er die Antithese herausgearbeitet, nicht, wie sie jetzt ist, verstümmelt (Vergl. Nägelsbach, Lateinische Stylistik, passim) [302].

III.

Wir kommen zu den Vertheidigungsmitteln des Beklagten. Dieselben können, wie bei jeder anderen Klage, der mannigfaltigsten Art sein. Besonderes ist jedoch über den Gegenanspruch wegen Verwendungen und über den Gegenanspruch auf Rückgewähr einer dem veräußernden Schuldner etwa gemachten Gegenleistung zu sagen.

---

302) Das percipi potuerunt würde, wenn man mit uns das »a fraudatore« herauswirft, ohne ausdrückliche nähere Bestimmung — a quo? — stehen; das wäre nicht auffällig: l. 33 D. de rei vindic. VI, 1; l. 19 p. — a. E. — D. de usur. XXII, 1. — Vergl. stylistisch l 62 § 1 D. de rei vindic. VI, 1; l. 39 § 1 D. de leg. I.

Hinsichtlich der Verwendungen sagen die Quellen nur[303]), daß der Anfechtungsgegner Erstattung der nothwendigen fordern und, bis ihm diese geworden ist, retiniren dürfe. Es wird aber nichts entgegen stehen, ihm betreffs der sonstigen Verwendungen das Recht der Wegnahme ebenso einzuräumen, wie es dem unredlichen Besitzer gegenüber der Eigenthumsklage zusteht[304]).

Die Lehre über den Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung ist in dogmatischer Beziehung vielleicht die anziehendste im ganzen Anfechtungsrecht, leider aber fast noch gar nicht erörtert worden. Die Digesten enthalten zwei Stellen darüber; diese hat man bisher in einer rein äußerlichen Weise aufgefaßt, welche den in ihnen niedergelegten Gedanken des Paulus und namentlich des Venulejus kaum gerecht geworden sein möchte.

Hätten wir gar keine Quellenentscheidungen, so wäre Folgendes festzuhalten:

Ein Anspruch auf Erstattung der Gegenleistung könnte denkbarer Weise entweder gegenüber den Gläubigern direkt geltend gemacht, oder als Konkursforderung, d. h. als Forderung gegen den Schuldner, verfolgt werden.

Als Klage gegen die Gläubiger unmittelbar könnte ausschließlich eine condictio sine causa in Frage kommen. Wäre eine solche begründet? Nein. Bei schwebendem Konkurse nicht: Denn ganz dahin gestellt, ob da die Gläubiger jene Gegenleistung überhaupt im Vermögen haben, sind sie doch jedenfalls durch dieselbe nicht bereichert; nach Beendigung des Konkurses aber auch nicht: Denn soweit da den Gläubigern die Gegenleistung wirklich zugefallen ist, haben sie dieselbe doch nicht aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners, sondern aus dem ihres Schuldners, nicht als Bereicherung, sondern gegen entsprechende, ganze oder theilweise, Aufgabe ihrer Rechte, nicht sine causa, sondern als Bezahlung auf gültige und fällige Ansprüche. Es sind also von den Erfordernissen der Bereicherungsklage nicht nur nicht alle, sondern überhaupt keins vorhanden.

---

303) l. 10 § 20 D. h. t.

304) Sintenis S. 737 Note 41; Otto S. 171 Abs. 2. Dagegen scheint Windscheid § 463 bei Note 20 bei dem unmittelbaren Inhalt der Quellen stehen bleiben zu wollen.

So bliebe Liquidation, also Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Schuldner, aber im Konkurse. Qua actione agendum?

Man könnte wieder an eine condictio sine causa, und zwar näher an eine condictio ob causam datorum denken. Eine solche wäre aber wiederum nicht begründet. Denn die Gegenleistung ist zwecks Erfüllung eines Vertrags, nicht unter der Voraussetzung des Behaltens des vom Schuldner Veräußerten gegeben worden [305]; jener Vertrag aber bleibt zwischen den Parteien gültig, oder, wenn man annehmen will, daß die Erfordernisse der condictio ob turpem causam vorliegen [306], so könnte die dann vorhandene Ungültigkeit vom Anfechtungsgegner wenigstens nicht geltend gemacht werden.

Welcher Anspruch bliebe also? Welches ist der Anspruch, kraft dessen bei entgeltlichen Verträgen Ersatz wegen nachträglicher Entziehung der Gegenleistung gefordert werden kann? Kein anderer als der Eviktionsanspruch. Würde diesen der Anfechtungsgegner liquidiren können? Auch nicht. Denn da er den Rechtsmangel, mit welchem die anfechtbare Veräußerung behaftet war, zur Zeit des Vertragsschlusses kannte, so wird ihm ein Eviktionsanspruch in der Regel überhaupt nicht zustehen [307]. Eine Ausnahme hiervon würde nur eintreten, wenn der Schuldner ein besonderes Garantieversprechen [308] ertheilt hätte. Dieses enthielte aber selbst wieder ein fraudulöses Rechtsgeschäft; wenn der Anfechtungsgegner es im Konkurse geltend machen wollte, so würde ihm die exceptio Pauliana entgegengesetzt werden [309].

Ist es denn aber nicht eine Unbilligkeit, wenn die Gläubiger zu ihrer Befriedigung einerseits dem Anfechtungsgegner das vom Schuldner Veräußerte abverlangen und andererseits das von jenem dem

305) Windscheid § 321 Note 10.

306) Dieselben liegen nicht vor; denn nicht jeder verbotene Vertrag begründet die exceptio oder condictio ob turpem causam. Vielmehr gehören nur diejenigen Geschäfte hierher, bei denen Leistung oder Gegenleistung schon an sich einen verbotenen Inhalt haben (also nicht blos des Erfolges wegen verboten sind). Den Gesichtspunkt der condictio ob turpem causam halten für anwendbar die Motive S. 192 i. f.

307) Windscheid § 391 bei Note 39.

308) l. 27 C. de evict. VIII, 45.

309) Otto S. 172 init. giebt dem Anfechtungsgegner eine Konkursforderung auf die Bereicherung der Masse um die Gegenleistung. Was soll denn das für eine actio sein? Soll sie insbesondere eine Masseforderung darstellen oder nur pro rata beglichen werden?

Schuldner gewährte Aequivalent behalten wollen? Gewiß; und wenn wir bestreiten, daß der mit der actio Pauliana Beklagte eine klagbare Forderung auf Rückgewähr der Gegenleistung hat, so behaupten wir damit noch nicht, daß ihm überhaupt nicht geholfen werden könne. Wir erinnern hier an das, was wir über die Nothwendigkeit des objektiven Kausalzusammenhangs zwischen der anfechtbaren Handlung und dem Schaden der Gläubiger gesagt haben[310]: Inwieweit die Masse in Folge des anfechtbaren Geschäfts um den Werth der Gegenleistung vermehrt ist, insoweit ist die actio Pauliana gar nicht begründet. Der Anfechtungsgegner mag also den Klaggrund leugnen; er mag den Gläubigern entgegen halten, daß sie durch das angefochtene Geschäft nicht um den ganzen Werth des vom Schuldner Veräußerten geschädigt sind, diesen Werth also auch nicht ganz zurückfordern können.

Hier ergiebt sich freilich eine eigenthümliche Schwierigkeit dadurch, daß die actio Pauliana zunächst auf Rückgabe des Veräußerten in Natur geht. Wie soll es gehalten werden, wenn z. B. eine Sache anfechtbar um einen zu geringen Preis veräußert worden ist, die Kaufsumme aber sich bei der Masse befindet? Soll hier eine Restitution jener Sache nach Bruchtheilen erfolgen und dadurch der Anfechtungsgegner in ein Gemeinschaftsverhältniß hinein gezwungen werden? Das römische Recht ist derartigen Aufnöthigungen nicht hold[311]; und ein anderer Weg lag ihm näher: Da die actio Pauliana eine actio arbitraria war, so konnte der judex, nachdem er den arbitratus restituendi verkündet hatte, die litis aestimatio verweigern[312], bis die Gläubiger den Beklagten wegen der Gegenleistung befriedigt hätten. In ähnlicher Weise könnte der deutsche Richter verfahren, indem er mit der Formel: „Herauszugeben gegen Rückerstattung von ... schuldig" verurtheilte.

Wie, wenn die soeben entwickelte Auffassung auch in den einschlagenden Quellenstellen, der l. 7 und l. 8 D. h. t., enthalten wäre?

Die l. 7 cit. sagt nur, daß die Gegenleistung nicht immer zurückgegeben zu werden braucht[313].

310) Vergl. oben § 5 bei Note 83.

311) Denn sie widersprechen dem Recht des Miteigenthümers auf Theilung; cf. l. 7 § 13 D. comm. divid. X, 3; l. 25 § 6 D. fam. herc. X, 2.

312) Wie in den Fällen der l. 13, l. 14 D. de rei vindic. VI, 1; l. 36 § 2 D. de hered. petit. V, 3.

313) .. omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non

Die l. 8 cit. enthält zweierlei. Einmal schließt sie aus dem soeben angegebenen Inhalt der l. 7 cit. ganz richtig [314]), daß, wie auch wir oben behauptet haben, wegen der Gegenleistung nicht zum Konkurse liquidirt werden könne:

Ex his colligi potest, nequidem portionem emtori reddendam ex pretio.

Freilich meint Huschke [315]), dieser Satz gehe auf den Fall, daß der Käufer den Kaufpreis nicht völlig, sondern nur theilweise berichtigt hätte. Indeß dann enthielte die Stelle, was auch Huschke sagen möge, eine unausstehliche Trivialität; und portio ist technischer Ausdruck für das, was die Konkursgläubiger vom bonorum emtor fordern dürfen, was wir „die Procente" derselben nennen [316]).

Die l. 8 cit. fährt fort:

Posse [317]) tamen dici, eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam, ut, si nummi soluti in bonis extent, jubeat eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.

Dabei ist ein Doppeltes zu beachten. Einmal das »apud arbitrum«: Vor dem Prätor wird über die Gegenleistung nicht verhandelt; eine formula wird also ihretwegen nicht gegeben, eine exceptio in die formula Pauliana nicht aufgenommen. Es bleibt

---

solvatur. Wenn man nicht annehmen will, daß der mit etiamsi eingeleitete Nebensatz blos den juristisch ganz bedeutungslosen Zweck habe, daran zu erinnern, daß die Gläubiger, wenn sie so gutmüthig sein wollten, den Kaufpreis zurückgeben könnten, so muß man übersetzen: das Grundstück ist immer zurückzugeben, der Kaufpreis nicht immer. — Man streitet vielfach über die Bedeutung des minore pretio im Anfang der Stelle; die Erklärung ist: Wenn ein hinreichender Kaufpreis gezahlt wäre, so könnte nicht gelten: Omnimodo restituendum esse fundum; denn der fundus brauchte dann nicht restituirt zu werden, wenn der hinreichende Kaufpreis zur Masse gelangt wäre. Vergl. oben § 5 bei Note 82 flg. — Vergl. noch Note 317.

314) Denn wenn der Anfechtungsgegner eine Konkursforderung auf Rückgabe der Gegenleistung hätte, so könnte er wenigstens etwas immer zurück verlangen.

315) N. F. XIV. S. 113.

316) l. 6 § 7 D. h. t.; l. 5 D. de curat. bon. dando 42, 7.

317) Wohlgemerkt, nicht potest! Also auch dies sagt Venulejus als Schlußfolgerung aus, oder vorsichtiger, in Anlehnung an l. 7 cit., und in Deutung (colligi!) der lakonischen Ausdrucksweise dieser Stelle. Das könnte er gewiß nicht, wenn er von l. 7 cit. nicht die von uns soeben in Note 313 angegebene Auffassung hätte.

bei dem, was wir gesagt haben: Einen besonderen Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung hat der Anfechtungsgegner nicht; er hat kein anderes Mittel, sie sich zu verschaffen, als das Leugnen des Klaggrunds, das gehörte vor den arbiter, nicht vor den Prätor.

Sodann kommt in Betracht das »ex causa — d. i. nach Lage des konkreten Falls — animadvertendam«, wodurch das Folgende (ut, si ... extent) den Charakter eines Beispiels erhält. Und welches ist die Frage, welche der Cognition des arbiter unterstellt wird und je nach Lage des einzelnen Falles von ihm entschieden werden soll? Dies deutet der Satz an: ... »quia ea ratione nemo fraudetur«; der arbiter soll prüfen, inwieweit die Gläubiger durch die anfechtbare Veräußerung geschädigt sind; er soll also prüfen, ob das erste und wesentlichste Erforderniß des Klaggrunds der actio Pauliana vorhanden ist; soweit das nicht der Fall ist, soll er Rückgabe der Gegenleistung anordnen.

Die herrschende Meinung[318]) entnimmt aus der Stelle weiter nichts, als daß die in Natur vorhandene Gegenleistung herauszugeben sei. Als ob die Gläubiger oder der Anfechtungsgegner oder überhaupt irgend Jemand ein Interesse an der Identität der nummi soluti hätte! Als ob nicht schon der Mangel jeden derartigen Interesses zeigte, daß nur beispielsweise vom Vorhandensein derselben die Rede sein kann!

§ 12. Die Haftung quasi ex contractu.

Ueber den Umfang der Haftung dessen, welcher zwar wissentlich, aber nicht deliktisch erworben hat[319]), treffen die Quellen keine ausdrückliche Bestimmung. Man wird annehmen müssen, daß dieser verpflichtet ist, den Gläubigern zu bewahren, was sie dann von ihm fordern könnten, wenn er deliktisch erworben hätte[320]); bezüglich der Haftung für Vernachlässigung dieser Pflicht, sowie betreffs des Verhältnisses zwischen den Gläubigern und einem derartigen Anfechtungsbeklagten überhaupt[321]) werden die Grundsätze der negotiorum gestio zur Anwendung zu kommen haben.

---

318) Windscheid § 463 bei Note 19; Reinhart S. 31 i. f.; Otto S. 171 i. med.; u. a. m.

319) Vergl. oben § 8 bei Note 196.

320) d. h. ihr Interesse, dessen Umfang in § 11 erörtert worden ist.

321) Also betreffs der Verwendungen. Eine Gegenleistung kann nicht in

§ 13. Die Haftung auf die Bereicherung.

In den Fällen, wo eine Anfechtungsklage zulässig ist, obwohl scientia fraudis nicht vorgelegen hat[322]), wird auf die Bereicherung gehaftet.

Hierbei kommt es auf die Bereicherung an, welche zur Zeit, wo der gute Glaube sein Ende erreicht, noch vorhanden ist[323]); nicht auf diejenige, welche seiner Zeit dem Beklagten zugeflossen war, obwohl Schönemann[324]) das Gegentheil behauptet. Schönemann beruft sich auf den Wortlaut der Stellen, und zwar darauf, daß die Beklagten zurückgeben müßten quatenus locupletiores facti sunt oder quod ad eos pervenit, nicht aber quod apud eos est oder quatenus locupletiores sunt. Indeß er wird schwerlich widersprechen wollen, wenn ihm eingehalten wird, daß die Römer, wenn das Fortbestehen von etwas früher einmal Gewordenem betont werden soll, sich nicht des praesens, sondern des perfectum bedienen. Zudem, wenn es z. B. in l. 6 § 11 D. h. t. heißt:

> In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non —,

so soll damit doch wohl etwas Anderes gesagt werden, als dies, daß man eine Freigebigkeit, die man gar nicht empfangen hat, auch nicht herauszugeben braucht. Wenn aber Schönemann Recht hätte, so würde die Stelle nur diesen trivialen Sinn haben können.

§ 14. Die Einrede der Verjährung.

In der Lehre vom Umfang der Haftung ist noch ein Vertheidigungsmittel des Beklagten zu erwähnen, was von allgemeinerer Bedeutung ist, nämlich die Einrede der Verjährung.

Die actio Pauliana verjährt in einem Jahr, nicht in vier

Frage kommen; und auch im Uebrigen ist — da auch der deliktische Erwerber nicht für Zufall haftet (cf. oben § 11 Note 267) — kein Unterschied. Vergl. aber § 35 bei Note 742—743.

322) Vergl. oben § 8 bei Note 210 bis 229.

323) Vergl. Windscheid § 424 Note 3, insbes. sub a. In Folge eines nach diesen Zeitpunkten eintretenden unverschuldeten Wegfalls der Bereicherung kann die Haftung auch später noch sich mindern.

324) Schönemann S. 38 Note 9.

Jahren[325]; die in § 13 behandelte Bereicherungsklage in 30 Jahren; und wenn die einjährige actio Pauliana verjährt ist, so bleibt immer noch eine Haftung auf die Bereicherung bestehen, welche weitere 29 Jahre lang geltend gemacht werden kann[326].

Merkwürdig steht es mit dem Beginn der Verjährung: Der Anspruch verjährt nicht von dem Zeitpunkt an, mit welchem er anfängt, zuzustehen; sondern erst dann, wenn durch das Liquidwerden seiner wichtigsten Voraussetzung, nämlich der vorhandenen Ueberschuldung — in dem in § 4 entwickelten, thatsächlichen Sinne — die Zuständigkeit für den Klagberechtigten leicht erkennbar geworden ist. Nach römischem Recht lief also die Verjährung von der venditio bonorum ab; nach gemeinem beginnt sie außerhalb des Konkurses mit dem Tag der vergeblichen Pfändung, im Konkurse mit der Eröffnung des Distributionsbescheids[327].

Hiermit scheiden wir von dem gemeinrechtlichen Anfechtungsrecht. Nicht wenige von den Ergebnissen, welche wir bei der Untersuchung desselben gewonnen haben, werden wir für die Deutung des Reichsrechts, welche wir nunmehr unternehmen wollen, unmittelbar verwerthen können. Im Uebrigen ist vielleicht die Hoffnung gestattet, daß wir an die Beantwortung nicht nur, sondern namentlich auch an die Aufdeckung und Aufstellung der Fragen, welche dieses letztere in sich birgt, mit größerer Sicherheit herantreten werden, nachdem wir im Betrachten des gemeinen Rechts, wie die Maler sagen, „sehen gelernt" haben.

---

325) Denn es handelt sich nicht um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wie Schröter, Zeitschr. f. Civ. R. und Prozeß, VI, S. 341 flg. überzeugend nachgewiesen hat; vergl. auch oben § 2 bei Note 32. — Für die vierjährige Verjährung Dabelow S. 446; Günther S. 786; Seuff. XVIII, S. 288 (Celle); XXVIII, 270, I (Celle). Dagegen die herrschende Meinung, z. B. auch Seuff. XXVIII, 270, II (Celle); XXXII, 93 (München). Cf. l. 1 p., l. 6 § 14, l. 10 p., l. 10 § 18 D. h. t.

326) l 10 § 24 D. h. t.

327) l. 6 § 14, l. 10 § 18 D. h. t.; Windscheid § 463 Note 21 (cf. eod. no. 5 im Text); Reinhart S. 53; Seuff. XVIII, 271 (Celle); XIX, 291 (Celle). A. M. Schönemann S. 51. — Manche identificiren diesen Zeitpunkt mit dem des Beginns der Zuständigkeit der actio: Brinz § 123, Günther S. 786. Vergl. oben § 4 bei Note 75.

II. Theil.

Die Anfechtung nach der Reichs-Konkurs-Ordnung.

I. Abſchnitt.

Die materiellen Vorausſetzungen.

5. Kapitel.

Die Anfechtung wegen abſichtlicher Benachtheiligung der Gläubiger.

§ 15. Vorbemerkung.

Bei der Darſtellung des gemeinen Rechts haben wir die Erforderniſſe der Anfechtbarkeit einheitlich behandeln können. Es beſteht zwar dort nicht nur ein Anfechtungsanſpruch; denn in gewiſſen Fällen hängt die actio Pauliana von weniger Vorausſetzungen, ja zum Theil von anderen[328]) ab, als in den übrigen; und ſelbſt wo thatſächlich dieſelben Erforderniſſe vorliegen, haben ſie doch im Rechtsſyſtem nach Befinden eine verſchiedene Bedeutung[329]). Dieſe Unterſchiede ſind aber nicht ſo erheblich, daß ihnen ein Einfluß auf die Anordnung der Darſtellung eingeräumt werden müßte.

Im Reichskonkursrecht iſt dies anders. Die mehreren Anfechtungsanſprüche, welche auch hier vorhanden ſind, zeigen thatſächlich und juriſtiſch in ihren Vorausſetzungen die weſentlichſten Verſchiedenheiten; eine geſonderte Behandlung eines jeden unter ihnen iſt daher unerläßlich.

Es giebt vier Anfechtungsanſprüche nach der Konkursordnung.

---

328) Scientia fraudis iſt zur Anfechtbarkeit lukrativer Erwerbungen nicht nöthig (oben § 8 bei Note 210—229); für die Anfechtung gegen den Kridar ſelbſt genügt culpa lata desſelben, während in der Regel Benachtheiligungsvorſatz erforderlich iſt (cf. oben § 7 bei Note 107—108).

329) Die scientia fraudis begründet Haftung bald ex delicto, bald quasi ex contractu (cf. oben § 8 bei Note 196—207).

Für den ersten ist die Grundlage eine absichtliche Schädigung der Gläubiger; für den zweiten, um einstweilen mit den Motiven des Gesetzes zu reden, die Verletzung des Konkursanspruchs; der dritte richtet sich gegen unentgeltliche Verfügungen; der vierte gegen vorzeitige Befriedigung oder Sicherstellung von Forderungen, die aus dem ehelichen Güterrecht entspringen.

Der erste der vier Anfechtbarkeitsfälle stellt, wie schon aus der soeben gegebenen allgemeinen Kennzeichnung desselben sich entnehmen läßt, eine Fortentwicklung der gemeinrechtlichen actio Pauliana dar; es sind also seine Voraussetzungen denen sehr ähnlich, welche wir im gemeinrechtlichen Theil besprochen haben.

Wir zählen jene Voraussetzungen in folgender Weise auf:

1) Die Gläubiger müssen einen Schaden erlitten haben;

2) derselbe muß durch eine Rechtshandlung des Schuldners bewirkt worden sein;

3) der Schuldner muß ihn gewollt haben;

4) derjenige, welcher an der fraglichen Rechtshandlung Theil genommen oder in Folge derselben einen Erwerb gemacht hat, muß den Willen des Schuldners gekannt haben.

Das Nähere über diese vier Voraussetzungen soll im Folgenden gesagt werden.

§ 16. Der Schaden der Gläubiger.

Bei der Darstellung des Schadens der Gläubiger werden wir auch gegenwärtig, wie wir schon oben gethan haben, zunächst nachweisen, daß ein solcher Schaden vorliegen müsse, hierauf untersuchen, welchen Zustand des schuldnerischen Vermögens und welche Einwirkung auf die Forderungen der Gläubiger er voraussetze, endlich aber zeigen, in welchem Momente er als eingetreten zu gelten habe.

I.

Es wird von Niemandem in Abrede gestellt, daß auch nach dem Rechte der Konkursordnung für die auf fraudulosem Verhalten des Schuldners beruhende Anfechtbarkeit eine Schädigung der Gläubiger zu erfordern ist; man ist aber wegen des Beweises hierfür in einiger Verlegenheit.

Die gesetzliche Grundlage des Anfechtbarkeitsfalles, von dem wir jetzt sprechen, ist der § 24 no. 1 der K. O.; hier scheint nun aber von Schaden der Gläubiger geschwiegen zu werden. Das Gesetz sagt:

Anfechtbar sind:

1) Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat.

Es wird also davon nichts erwähnt, daß die Absicht auch erreicht worden sein müsse.

Die Motive[330]) meinen, es sei selbstverständlich, daß eine den Gläubigern nützliche Handlung nicht anfechtbar sei. Wir meinen das auch; ein Beweis aber ist jene Bemerkung nicht und namentlich zu wissenschaftlicher Aufklärung, zu einer ihrer Grundlagen bewußten Erkenntniß kann sie nicht führen.

Mandry[331]) glaubt, das Erforderniß einer Schädigung der Gläubiger folge theils aus seiner Definition des Begriffs „Rechtshandlung", theils aus den Vorschriften der Konkursordnung über den Inhalt des Anfechtungsanspruchs[332]). Das Letztere ist uns nicht verständlich; und was Mandry's Definition von Rechtshandlung angeht — Rechtshandlung im Sinne der K. O. §§ 22—34 sei jeder Akt, welcher geeignet sei, unmittelbar oder in seinem Gefolge Konkursgläubiger zu benachtheiligen u. s. f.[333]), — so müssen wir, indem wir ihre Richtigkeit für jetzt dahin gestellt sein lassen[334]), doch jedenfalls fragen: Wie wird sie ihrerseits denn bewiesen?

Hullmann[335]) behauptet, es bedürfe zur Begründung einer Anfechtung stets des Nachweises eines rechtlichen Interesses. Der Ausdruck möchte nicht ganz geglückt sein[336]); wir bezweifeln aber keine Mi-

330) Motive II, S. 114.

331) Mandry S. 384 Abs. 2.

332) K. O. § 30 flg.

333) Mandry S. 377.

334) cf. unten § 17.

335) Hullmann S. 130 Abs. 3 a. E. Aehnlich Striethorst LXXVIII no. 30 S. 169 vorletzter Absatz betreffs des dem § 24 no. 1 der K. O. entsprechenden § 7 no. 1 des preußischen Gesetzes vom 9. Mai 1855: Erst durch die Beschädigung erlange der Gläubiger das Recht, das ihm an sich (ohne die Beschädigung?) zustehende Recht der Anfechtung geltend zu machen.

336) Denn es kommt nicht auf „ein" Interesse an, sondern auf „das" An-

nute, daß Hullmann das Richtige meint. Die Sache ist diese: Der Anfechtungsanspruch ist nicht ein Anspruch, wie derjenige auf Rückzahlung eines Darlehns, auf Berichtigung eines Kaufpreises; er ist kein den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechender; er ist ein Nothrecht, eine verstandesmäßig, bewußt erfundene, geradezu ausgeklügelte Zweckmäßigkeitsmaßregel, er enthält eine Ausnahme, die im Interesse eines ganz bestimmten Bedürfnisses aufgestellt worden ist. Es kann aber nicht als der Wille des Gesetzes angesehen werden, daß diese Ausnahme auch eintreten soll, obwohl jenes Bedürfniß im konkreten Falle gar nicht vorliegt. Daß der Gesetzgeber das Vorhandensein jenes Bedürfnisses nicht ausdrücklich unter die Voraussetzungen der Anfechtung aufgenommen hat, darf nicht irre machen; er hat es nur seiner „Selbstverständlichkeit" wegen weggelassen, wie die Motive ja deutlich zeigen [337]).

II.

Nachdem hiermit festgestellt sein möchte, daß die Gläubiger geschädigt sein müssen, ist weiter zu untersuchen, was hier als Schaden der Gläubiger anzusehen ist; und zwar wird zunächst darzulegen sein, an welchen Zustand des schuldnerischen Vermögens man zu denken habe.

Otto lehrt, es genüge, anders als im gemeinen Recht, Zahlungsunfähigkeit; Ueberschuldung sei nicht erforderlich [338]); daß Zahlungsunfähigkeit vorliege, stehe in Folge der Konkurseröffnung zunächst fest [339]), doch bleibe dem Anfechtungsgegner der Gegenbeweis; der Nachweis der mangelnden Ueberschuldung aber befreie nicht, wenn auch die Anfechtungsbefugniß nur soweit gehe, als es zur Befriedigung der Konkursgläubiger nöthig sei [340]). Die letztere Klausel soll offenbar sagen, daß, wenn keine Ueberschuldung besteht, die Anfechtung nur soweit zulässig ist, als sie zur Ueberwindung des durch die Zahlungsunfähigkeit bewirkten Aufschubs im Bezahlen dient; denn wenn diese

fechtungsinteresse, nämlich das Interesse an Herbeiführung der durch die Vermögenslage des Schuldners gefährdeten Befriedigung.

337) Vergl. auch unten bei und in Note 418. — Diese Begründung des Erfordernisses „Schaden der Gläubiger" zeigt übrigens, daß dasselbe in allen Anfechtungsfällen, nicht blos in demjenigen des § 24 no. 1 vorhanden sein muß. Vergl. unten § 22, § 28 bei Note 596 und § 29 Note 611.

338) Otto S. 140 flg.

339) Otto S. 190 flg.

340) Otto S. 191 Abs. 1, S. 165.

Klausel das nicht bedeuten sollte, so würde sie mit den andern angeführten Behauptungen Otto's sich nicht vertragen.

Anderer Ansicht, als Otto, scheint v. Völderndorff[341]) zu sein. Er gewährt, wenn er auch die Schädigung der Gläubiger in Folge der Konkurseröffnung für zunächst erwiesen ansieht, dem Anfechtungsbeklagten den Gegenbeweis der mangelnden Ueberschuldung. Freilich ist nicht recht klar, was er unter Ueberschuldung an der betreffenden Stelle versteht; er rechnet sie dort auch zu den Voraussetzungen des Konkurses, unter welche sie doch nach der Konkursordnung nicht gehört[342]).

Eine Mittelmeinung hat Hullmann. Er lehrt[343]):

> Das Anfechtungsrecht erfordere zu seiner Begründung, daß die Mittel zur Befriedigung der Gläubiger nicht vorhanden seien. Dies stehe schon fest mit der Konkurseröffnung. Mit der gegentheiligen Behauptung sei der Gegner allerdings zu hören; allein da schon die in der Zahlungsunfähigkeit hervortretende Verzögerung der Befriedigung eine Verletzung des Rechts der Gläubiger sei, so könne dieser Einwand, wenn die Vermögenszulänglichkeit nicht bereits liquide sei, nur die Folge haben, daß der Verwalter die Verpflichtung zu übernehmen habe, den überschüssigen Werth des herausgegebenen Streitgegenstandes demnächst zu restituiren.

Wir wollen zunächst die Ansicht Hullmann's, dann diejenige Otto's, endlich die v. Völderndorff's besprechen.

Hullmann meint also, der Schaden der Gläubiger könne in zweierlei bestehen. Einmal in Ueberschuldung; diese sei in jedem Falle hinlänglich und durch die Konkurseröffnung von vorn herein bis zum Gegenbeweise dargethan. Was die Zahlungsunfähigkeit anlange, so genüge sie nur bedingungsweise; sie reiche nämlich dann in keinem Falle aus, wenn „die Vermögenszulänglichkeit bereits liquide sei", also liquider Maßen keine Ueberschuldung vorliege. Im entgegengesetzten Falle genüge sie zwar; jedoch nur, so zu sagen, auf Zeit; es müsse nämlich der Anfechtungsgegner zwar zunächst behufs Beschleunigung der Bezahlung den Gläubigern den Streitgegenstand herausgeben;

---

341) v. Völderndorff I, S. 290 bei und in Note 13.
342) K. O. § 94.
343) Hullmann S. 136 Abs. 2.

allein der Konkursverwalter müsse sich verpflichten, seiner Zeit, nachdem die Masse flüssig geworden sei, aus derselben Ersatz zu leisten.

Ist das haltbar? Im ganzen Umfange jedenfalls nicht; ob theilweise, ist eine andere Frage.

Unhaltbar ist unter allen Umständen die Betonung der Liquidität. Ist der Einwand des Anfechtungsgegners, daß keine Ueberschuldung vorliege, überhaupt beachtlich, so kann er doch nur wirksam sein, wenn er bewiesen wird. Ein Verfahren, wie es Hullmann vorschlagen zu wollen scheint, wonach über jenen Einwand nicht Beweis erhoben, sondern der Anfechtungsgegner unter der Voraussetzung, daß der Kläger ihm eine cautio de eventualiter restituendo leiste, verurtheilt werden soll, hat weder in der Civilprozeßordnung noch in der Konkursordnung irgend welche Stütze. Was soll denn überhaupt Liquidität der Vermögenszulänglichkeit sein? Ist sie genügend behauptet, wenn der Anfechtungsgegner anführt, sie ergebe sich aus der Bilanz (K. O. § 114), und betreffs dieser einen Editionsantrag stellt? Oder müssen die Voraussetzungen des Urkundenprozesses (C. P. O. § 558 Abs. 3) gewahrt sein? Auf Grund welcher gesetzlicher Bestimmungen soll diese Frage entschieden werden? Und mit welchem Recht soll, wenn das Bewiesensein der Vermögenszulänglichkeit die Verurtheilung des Beklagten hindert, diesem die Beweisführung abgeschnitten werden, wenn[344] der Anfechtungsprozeß in der Form des ordentlichen Verfahrens verhandelt wird?

Vielleicht meint aber Hullmann etwas Anderes, als er gesagt hat; er will — abgesehen jetzt von seiner Ansicht über die Ueberschuldung — vielleicht behaupten, daß Zahlungsunfähigkeit nur so lange einen Grund der Anfechtbarkeit bilden könne, als sie vorliegt, und daß nach Liquidirung einer zulänglichen, aber anfänglich zahlungsunfähig gewesenen Masse auf die frühere Zahlungsunfähigkeit hin Anfechtungsprozesse nicht fortgestellt, noch weniger neue erhoben werden können. Dies würde, wenn Zahlungsunfähigkeit überhaupt eine selbstständige Grundlage der Anfechtung zu bilden vermag, zugegeben werden müssen[345]; ob Zahlungsunfähigkeit dies vermag, werden wir sehen,

344) Es ist an sich nicht undenkbar, eine Anfechtungsklage als Urkundenklage zu erheben, wenn es auch schwerlich je vorkommen wird.

345) Es wird auch von Otto zugegeben mit den oben bei Note 340 ange-

wenn wir Otto's Meinung betrachten, zu welcher wir uns nunmehr wenden.

Dieselbe stützt sich darauf, daß nach der Konkursordnung Zahlungsunfähigkeit, nicht Ueberschuldung, Erforderniß der Konkurseröffnung sei; und zwar geht Otto[346]) in dem Parallelisiren der Voraussetzungen des Konkurses mit denen der Anfechtung so weit, daß er im Nachlaßkonkurs Ueberschuldung auch als Grundlage der Anfechtung fordert, weil sie hier ausnahmsweise für die Konkurseröffnung verlangt wird[347]).

Allein es braucht von der Anfechtbarkeit nicht dasselbe zu gelten, wie vom Konkurse. Die Grundlagen eines materiellen Rechts, des Anfechtungsanspruchs, haben nichts zu thun mit den Voraussetzungen eines formellen Akts, der Konkurseröffnung[348]).

Hieraus ergiebt sich freilich nur, daß in Otto's Beweisführung eine Lücke ist; er hat nicht dargethan, daß Zahlungsunfähigkeit zur Begründung einer auf § 24 no. 1 der K. O. sich stützenden Anfechtungsklage ausreiche; uns bleibt aber noch zu zeigen, daß Ueberschuldung erforderlich ist.

Wir glauben, daß für die Ueberschuldung die Zweckmäßigkeit spricht, die Geschichte und die Analogie des Rechts für die Anfechtung außerhalb des Konkurses; für die Zahlungsunfähigkeit spricht nichts.

Was die Zweckmäßigkeit angeht, so ist die Anfechtung gar nicht das geeignete Mittel, um den Schaden, welcher den Gläubigern aus bloßer Zahlungsunfähigkeit erwächst, also den bloßen Aufschub der Befriedigung, zu beseitigen. Die Liquidirung einer sufficienten Masse wird immer viel schneller gehen, als ein Anfechtungsprozeß zum Ziele führt; der Beklagte wird sehr leicht Mittel finden, den letzteren so lange zu verzögern, bis seine Fortstellung gegenstandslos wäre[349]).

---

führten Worten, daß die Anfechtungsbefugniß nur soweit gehe, als es zur Befriedigung der Gläubiger nöthig sei.

346) S. 190 flg.

347) K. O. § 203.

348) Eine derartige Parallelisirung findet aber auch in den Motiven des Reichsgesetzes vom 2. Juli 1879 S. 13 statt, in Widerspruch mit Motive II, S. 109 (vergl. unten bei Note 357). — Ueber die wahre Bedeutung der Zahlungsunfähigkeit im Anfechtungsrecht vergl. unten § 21 vor Note 475 und § 23.

349) Daß in dem durch Zahlungsunfähigkeit veranlaßten Aufschub der Befriedigung eine Rechtsverletzung der Gläubiger liegt, ist unerheblich, da es sich eben

Zu dem gleichen Ergebniß führt die Rechtsgeschichte. Zunächst ist im gemeinen Recht der Satz, daß Ueberschuldung für die Anfechtbarkeit erforderlich sei, einer der wenigen unbestrittenen Sätze gewesen, welche es in der Lehre von der actio Pauliana giebt[350]). Nun braucht freilich heute etwas noch nicht deshalb zu gelten, weil es gestern gegolten hat. Jedoch darf man voraussetzen, daß ein Gesetzgeber, der eine Abänderung des bisherigen Rechtszustandes beabsichtigt, dies ausspricht. In der Konkursordnung aber fehlt es an jeder ausdrücklichen Regelung dieser Frage[351]); und die Motive, welche gewiß die wichtigste Quelle für das rechtsgeschichtliche Verständniß des Gesetzes bilden und denen von Anderen sogar ein noch viel höherer Werth beigelegt wird, geben sogar ausdrücklich, indem sie davon ausgehen, daß durch die Konkurseröffnung der Schaden der Gläubiger zunächst dargethan sei[352]), dem Anfechtungsgegner den Beweis, daß das Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger ausreiche[353]); sie betrachten demnach als materiellen Rechtsgrund der Anfechtbarkeit die Ueberschuldung.

Hierzu nehme man endlich das Dritte, die Analogie der Anfechtung außerhalb des Konkurses. Dieser Gegenstand ist im Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 geregelt, dessen Vorschriften sich theils an diejenigen der Konkursordnung, theils an das preußische Gesetz vom 9. Mai 1855 anschließen. Bei einem Gesetz, durch welches die Anfechtung außerhalb des Konkurses geordnet werden soll, wird sich leicht das Bedürfniß fühlbar machen, etwas Ausdrückliches über den Schaden der Gläubiger zu sagen; denn eine Thatsache von ähnlicher Bedeutung, wie für die

---

fragt, einer wie starken Rechtsverletzung wegen das Gesetz die mancherlei Bedenken, welche der Anfechtung entgegenstehen (oben § 1), außer Augen setzen will.

350) Vergl. oben § 4 bei Note 50 flg.

351) Die Motive I, S. 147, II, Seite 114 (zu § 22 der K. O.) erklären dies damit, daß man der oben auch von uns bekämpften gemeinrechtlichen Theorie, Ueberschuldung müsse nicht nur die Wirkung der fraudulosen Handlungsweise des Schuldners sein, sondern gleichzeitig mit ihr eintreten, keine neue Nahrung habe geben wollen. Freilich drücken sie das so aus, daß es scheint, als wollten sie die Nothwendigkeit eines Kausalzusammenhangs überhaupt leugnen. Cf. unten § 18 bei Note 415.

352) Vergl. unten bei Note 362.

353) Motive I, S. 141; II, S. 109. — Wenn die von Korn S. 31 angezogene Stelle der Motive das enthielte, was Korn darin findet, so widersprächen die Motive sich selbst; allein Korn übersieht die von ihm selbst angeführten Worte: .. „als die volle Befriedigung der Konkursgläubiger erfolgt".

konkursrechtliche Anfechtbarkeit die Konkurseröffnung, giebt es hier nicht. Dementsprechend hatte auch das nurgedachte preußische Gesetz ausdrückliche Bestimmungen. Er forderte Vermögensunzulänglichkeit und präsumirte dieselbe unwiderlegbar unter gewissen Voraussetzungen [354]), die sämmtlich darauf hinauskommen, daß Vermögensunzulänglichkeit angenommen werden soll, wenn sich deutlich gezeigt hat, daß wenigstens für die Gläubiger nichts da ist. Offenbar lag also dem preußischen Recht der Gedanke zu Grunde, den wir im ersten Theil [355]) als römisch nachgewiesen zu haben glauben, daß es auf die Unzulänglichkeit der für die Gläubiger zugänglichen Aktiven ankommen solle. Auf diesem Wege ist das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 weiter gegangen, indem es die Präsumtionen des preußischen Gesetzes zu einem allgemeinen materiell-rechtlichen Grundsatz erweiterte. Die hierher gehörigen Worte des Reichsgesetzes stehen in § 2 daselbst und lauten:

> Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger ... befugt, sofern die Zwangsvollstreckung ... zu einer vollständigen Befriedigung nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde.

Diese Bestimmung scheint uns sehr klar. Man vergegenwärtige sich, daß die Zwangsvollstreckung zu einer Liquidirung der Massebestandtheile führt, gegen welche sie gerichtet wird; also beispielsweise zur Versteigerung der abgepfändeten Mobilien gegen Baarzahlung [356]). Wenn also der § 2 cit. einen Zustand des schuldnerischen Vermögens fordert, bei welchem mit Zwangsvollstreckung nicht zum Ziele zu kommen ist, so verlangt er offenbar Ueberschuldung der für die Gläubiger zugänglichen Aktiven, in dem oben in § 4 entwickelten Sinne.

Dies würde auch schwerlich von Jemand verkannt werden, wenn nicht die Motive [357]) Verwirrung in die Sache brächten. Dieselben verlangen „Zahlungsunvermögen" und stellen diesen Begriff in Gegen-

---

354) Wenn der Kläger vergeblich hatte pfänden lassen, sofern der Schuldner auf Befragen pfändbare Gegenstände nicht sofort nachwies; wenn der Schuldner flüchtig war oder sich verborgen hielt; wenn innerhalb des letzten Jahres eine Exekution gegen den Schuldner fruchtlos gewesen war (§ 3 des cit. preuß. Gesetzes).

355) § 4 bei Note 53—59.

356) C. P. O. §§ 716, 718.

357) Motive zum Reichsges. vom 21. Juli 1879 S. 13.

satz sowohl mit Vermögensunzulänglichkeit als auch mit allgemeiner Zahlungsunfähigkeit. Dies erweckt den Anschein, als ob sie eine partielle Zahlungsunfähigkeit, eine Zahlungsunfähigkeit gegenüber einer einzelnen Forderung verlangten. So werden sie denn auch wirklich von Otto[358]) verstanden, welcher sich ihnen aber keineswegs anschließt, sondern vielmehr auch hier, wie im Konkursrecht, für allgemeine Zahlungsunfähigkeit eintritt. Die Zahlungsunfähigkeit definirt er hier dahin: Sie sei „eine Lage des schuldnerischen Vermögens, welche die sofortige[359]) Befriedigung mangels parater Beschlagnahmeobjekte nicht zuläßt".

Ja, wenn das wäre! Das ist aber mehr als Zahlungsunfähigkeit! Zahlungsunfähigkeit ist die Lage des schuldnerischen Vermögens, welche die sofortige Befriedigung wegen dauernden, d. h. durch des

---

358) Otto S. 235 flg. Ebenso von Jäckel S. 37 flg. Dieser tritt den Motiven bei und verlangt nur die Erfolglosigkeit einer Mobiliarexekution. Allein erstens ist unerfindlich, was die Erfolglosigkeit einer Vollstreckungshandlung mit Zahlungsunvermögen gegenüber einer Forderung zu thun hat; zweitens verlangt das Gesetz nicht blos Vergeblichkeit einer Vollstreckungshandlung, sondern der Zwangsvollstreckung; drittens: Welche einzelne Vollstreckungshandlung sollte denn zu Grunde gelegt werden bei Beurtheilung der Frage, ob anzunehmen sei, daß die Zwangsvollstreckung zu einer Befriedigung nicht führen werde? Offenbar jede denkbare (so auch Jäckel selbst S. 42); und wenn dies hier so ist, warum nicht auch im Fall der ersten Alternative des § 2 cit.? Viertens: Der Begriff „Zahlungsunvermögen gegenüber einer einzelnen Forderung" ist überhaupt Unsinn; in dem einzigen Falle, wo er eine scheinbare Realität hat, nämlich wenn es sich um eine große Forderung handelt, welche für sich allein den Werth der vorhandenen Zahlungsmittel übersteigt, während diese gegenüber kleineren Forderungen noch ausreichen, liegt allgemeine Zahlungsunfähigkeit vor. Korn S. 21 interpretirt den § 2 cit. aus dem Ausdruck „zahlungsunfähig" in § 4 des fraglichen Gesetzes. Man muß aber umgekehrt verfahren, denn der § 2 ist sedes materiae.

359) Die Abwickelung des Vollstreckungsverfahrens muß doch jedenfalls abgewartet werden. Das preuß. Gesetz vom 9 Mai 1855 enthielt in § 4 no 1 die Bestimmung, daß gepfändete Forderungen, wofern ihr Bestehen die Annahme der Vermögensunzulänglichkeit ausschließen sollte, binnen drei Monaten fällig sein mußten; nach C. P. O. § 743 Abs. 1 ist eine entsprechende Vorschrift für das Reichsrecht überflüssig. In allen übrigen Fällen mußte schon nach dem citirten preußischen Gesetz (vergl. § 4 no. 2—4 ibid.) der Ausgang der Vollstreckung abgewartet werden, „sofern nicht der Ausfall der Forderung klar zu übersehen war". Die letztere Einschränkung entspricht natürlich auch dem Sinn und Wortlaut von § 2 des cit. Reichsgesetzes.

Schuldners eigene Thätigkeit oder Kredit nicht alsbald zu beseitigenden Mangels parater Zahlungsmittel nicht zuläßt[360]). In der Sache scheinen wir also, was die Anfechtung außerhalb des Konkurses angeht, mit Otto einig zu sein. Nur möchte Otto sich nicht klar gemacht haben, daß der Zustand, welchen er hier fordert, etwas anderes ist als Zahlungsunfähigkeit. Wenn er sich das klar gemacht hätte, so würde er vielleicht mit uns auch weiter schließen, daß eben jener Zustand, und nicht Zahlungsunfähigkeit, auch für die Anfechtung im Konkurse nöthig ist. Jedenfalls kann weder partielle Zahlungsunfähigkeit, noch Zahlungsunfähigkeit überhaupt dem § 2 cit. gegenüber in Frage kommen. Denn eine Zahlungsunfähigkeit, welche der durch Zwangsvollstreckung bewirkten Liquidirung der Mittel des schuldnerischen Vermögens widerstände, ist nicht blos Zahlungsunfähigkeit, sondern Ueberschuldung der für die Gläubiger thatsächlich erreichbaren Aktiven.

Aus diesen Gründen können wir uns weder der Meinung Otto's, daß für die Anfechtung im Konkurse Zahlungsunfähigkeit genügend sei, noch derjenigen Hullmann's anschließen, wonach sowohl Ueberschuldung als auch Zahlungsunfähigkeit ausreicht. Vielmehr nehmen wir mit den Motiven[361]) und von Völderndorff an, daß zum Klaggrund Ueberschuldung gehöre; wir meinen aber damit, wie wir schon im gemeinrechtlichen Theil gezeigt haben, nicht Ueberschuldung des schuldnerischen Vermögens überhaupt, sondern Unzulänglichkeit des

---

360) Kranichfeld, welcher S. 19 unter Nr. 6 die Motive zum Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 wiedergiebt, gewährt gleichwohl S. 18 a. E. dem Anfechtungsbeklagten die Einrede, „daß der Schuldner sich noch im Besitz von genügenden Vermögensbestandtheilen befinde". Damit widerspricht er sich erstens selbst (cf. oben Note 348); und zweitens kann es sich nur um einen Gegenbeweis handeln, nicht um eine Einrede. — Zur Verwirrung in dieser Lehre trägt vielleicht das Bestreben bei, dem Kläger den Klagbeweis zu erleichtern. Man wird sich vom verwirrenden Einfluß dieses sehr richtigen praktischen Bedürfnisses befreien, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es einen direkten (natürlichen) und einen indirekten (künstlichen) Beweis giebt, und daß das Thema des letzteren keineswegs identisch ist mit dem Klaggrund. Wir bestreiten keineswegs, daß in der Regel der Nachweis einer vergeblichen Vollstreckungshandlung außerhalb des Konkurses ein genügender indirekter Klagbeweis sein wird. Unter Klaggrund verstehen wir auch nicht das, was der Kläger ausdrücklich behaupten muß, sondern die eigentliche materielle Grundlage seines Anspruchs, deren Vorhandensein er auch concludent behaupten kann. Vergl. unten § 20 vor Note 463.

361) Vergl. oben Note 353. — Die richtige Ansicht hat auch Fitting S. 137.

Werths der für die Gläubiger verwerthbaren Aktiven gegenüber dem Gesammtbetrag der auf diese angewiesenen Forderungen. Wir sind übrigens mit den Motiven und v. Völderndorff auch weiterhin darin einig, daß Ueberschuldung in diesem Sinne von vorn herein in Folge der Thatsache der Konkurseröffnung bis zum Gegenbeweise rechtlich gewiß sein wird; bei der heutigen Ausbreitung der Kreditwirthschaft wird die Regel, daß ein Zahlungsunfähiger — Zahlungsunfähigkeit wird ja eben durch die Konkurseröffnung festgestellt — überschuldet sei, unbedenklich anerkannt werden dürfen. Nur möchten wir betonen, daß diese Frage der freien richterlichen Beweiswürdigung[362]) untersteht; und im einzelnen Falle, z. B. in einem Konkurse gegen einen Besitzer ausgedehnter Waldflächen, kann ihre Beantwortung zweifelhaft sein.

Ueber die Unzulänglichkeit der für die Gläubiger verwerthbaren Aktiven gegenüber dem Gesammtbetrag der auf sie angewiesenen Forderungen möchten wir schließlich noch einiges Nähere sagen.

Zunächst noch zwei Gründe für die Behauptung, daß es auf diese Unzulänglichkeit, nicht auf die Ueberschuldung des schuldnerischen Vermögens überhaupt ankommt: Einmal fordert der § 24 no 1 der K. O. die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen; also die Absicht, einen für die Gläubiger schädlichen Zustand des schuldnerischen Vermögens herbeizuführen. Dieser Zustand kann vorliegen, ohne daß das schuldnerische Vermögen wirklich überschuldet ist; nämlich dann, wenn ein Theil der Aktiven von den Gläubigern nicht erreicht oder nicht verwerthet werden kann. Es gilt also von § 24 no 1 cit. ganz dasselbe, was im gemeinrechtlichen Theil von l. 1 p. D. h. t. gesagt worden ist[363]).

Sodann nimmt der § 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879, wie aus dem oben Gesagten hervorgeht, nur auf diejenigen Theile des schuldnerischen Vermögens Rücksicht, aus denen im Wege der Vollstreckung etwas gewonnen werden kann[364]).

Nachdem somit unsere Behauptung bewiesen sein möchte, haben wir zur Erläuterung derselben noch daran zu erinnern, daß gemäß der

362) C. P. O. § 259.

363) Oben § 4 bei Note 57.

364) Diese sind identisch mit der dem Konkursverfahren rechtlich und thatsächlich unterfallenden Masse; vergl. K. O. § 1 Abs. 1.

oben in § 4 gegebenen Darstellung es immer auf die Lage der anfechtenden Gläubiger oder genauer, derjenigen, in deren Interesse die Anfechtung ausgeübt wird, ankommt. Dies wird, ebenso wie im gemeinen Recht[365]), auch für das Recht der Konkursordnung durch die Anfechtbarkeit der Pfandbestellung, überhaupt der Gewährung von Sicherheiten[366]) bewiesen. Im Konkurse also, wo die Anfechtung nur zu Gunsten der eigentlichen Konkursgläubiger[367]) geltend gemacht werden kann[368]), wird beispielsweise nach K. O. § 54 no. 1 eine Sicherstellung für eine Lohnforderung und dergl. nur im Interesse anderer Privilegirter derselben Klasse, nach § 54 no 2 Sicherstellung wegen öffentlicher Abgaben an das Reich nur für die bevorrechtigten Gläubiger des § 54 no. 1 oder für andere, im § 54 no 2 gedachte öffentliche Kassen angefochten werden können[369]) u. s. f.

III.

Damit möchte gezeigt sein, in welchem Zustand das schuldnerische Vermögen sich zu befinden hat, damit von einem Schaden der Gläubiger im Sinne des § 24 no 1 der K. O. gesprochen werden kann; es ist nunmehr die Wirkung zu erörtern, welche jener Zustand auf die Forderungen der Gläubiger ausgeübt haben muß.

In den bisher besprochenen Fragen haben wir das Reichskonkursrecht in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht gefunden; hinsichtlich des Einflusses der Ueberschuldung auf die Ansprüche der Gläubiger zeigt sich ein Gegensatz zwischen beiden Rechtssystemen: Während im römischen Recht der ökonomische Werth dieser Ansprüche vermindert sein mußte, genügt es nach der Konkursordnung, wenn die Gläubiger nicht soviel bekommen können, als sie zu fordern berechtigt sind.

Dies ergiebt sich nicht etwa daraus, daß nach der Konkursord-

---

365) Oben § 4 bei Note 58.

366) Vergl. K. O. § 23 no. 2.

367) Im Sinne des 8. Titels im I. Buch der K. O.

368) Vergl. unten § 31 bei Note 644.

369) Im Konkurse gilt dies auch dann, wenn die gesicherten bevorrechtigten Forderungen noch nicht fällig waren, wegen K. O. § 58, Abs. 1; jedoch kann bei unverzinslichen Forderungen wegen K. O. § 58 Abs. 2 eine theilweise Anfechtung der Sicherung eintreten. Außerhalb des Konkurses ist dagegen die Anfechtung von Sicherstellungen privilegirter Forderungen, wofern diese noch nicht fällig sind, nicht ausgeschlossen oder auch nur beschränkt.

nung für die Anfechtbarkeit wegen absichtlicher Schädigung eine persönliche Richtung des Benachtheiligungswillens auf bestimmte Gläubiger nicht erfordert wird; denn auch im römischen Recht ist diese nicht verlangt worden [370]). Wohl aber zeigen die Vorschriften der K. O. über die Verwendung dessen, was durch Anfechtungsprozesse gewonnen wird [371]), daß eine Aenderung des gemeinen Rechts beabsichtigt ist, daß insbesondere es gleichgültig sein soll, ob Jemand schon zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung Gläubiger war oder ob er es erst später geworden ist. In § 30 der K. O. wird nämlich bestimmt, daß das anfechtbar Veräußerte „zur Konkursmasse" zurück zu gewähren sei; in § 54 ibid. werden die Rangverhältnisse der Gläubiger geordnet, d. h. es wird hier gesagt, in welchem Maße jeder Gläubiger bei Vertheilung der Konkursmasse zu berücksichtigen ist; dabei wird nicht verfügt, daß Gläubiger, die durch eine anfechtbare Veräußerung im ökonomischen Werthe ihrer Ansprüche eine Einbuße erlitten haben, gegenüber den anderen ein Recht auf vorzugsweise Bezahlung aus dem Gewinn des betreffenden Anfechtungsprozesses haben sollen. Vielmehr sollen die Konkursforderungen einfach „nach Verhältniß ihrer Beträge", und zwar nach Procenten derselben (K. O. § 147), befriedigt werden. Es fehlt also gänzlich an einer der l. 10 § 1 D. h. t. entsprechenden Bestimmung [372]).

Zu diesem Ergebniß, was wir aus dem Gesetze selbst gewonnen haben, führt auch dessen Geschichte: Die Motive verwahren sich mehrfach [373]) dagegen, daß nur die Gläubiger anfechtungsberechtigt sein sollten, deren Forderungen zur Zeit der anfechtbaren Handlung bereits bestanden.

Im gemeinrechtlichen Theil haben wir es als eine Folgerung aus dem ebendort von uns aufgestellten Schadensbegriff bezeichnet, daß die Ausschlagung eines Erwerbs unanfechtbar ist. Da wir für das Reichsrecht einen andern Schadensbegriff behaupten, so liegt die Erwartung

370) Vergl. oben § 4 bei Note 60—73, § 7 bei Note 124—132.

371) So argumentirt auch v. Völderndorff I, S. 293.

372) Gleichwohl wollen Dernburg § 130 Note 3, S. 320, und Kranichfeld S. 23 no. 9 — der letztere „nach den konkreten Umständen" und nur für die Anfechtung außerhalb des Konkurses, während er für das Konkursrecht S. 9 das Gegentheil sagt — beim gemeinen Recht stehen bleiben.

373) Motive I, S. 150 Note 3; S. 188.

nahe, daß wir hier auch die Abweisung eines Geschenks, die Weigerung, eine Erbschaft anzutreten, und dergl., für anfechtbar erklären wollen.

Indeß wir wollen das nicht; wir glauben, daß es kraft positiver Bestimmung unmöglich ist.

Wenn beispielsweise die Ausschlagung einer Erbschaft mit Glück angefochten würde, was wäre der Erfolg? Daß die Gläubiger die Ausschlagung nicht gegen sich gelten zu lassen brauchten, ohne Zweifel. Gehört deshalb die Erbschaft zur Konkursmasse? Gewiß nicht; denn was nicht als ausgeschlagen gilt, gilt darum noch nicht als erworben. Es müßte also die Erbschaft noch angetreten werden. Dies kann nun aber zu Gunsten der Konkursmasse nicht geschehen. Denn nach § 1 der K. O. wird die Konkursmasse nur durch dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners gebildet, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört; eine Erbschaft, die noch nicht angetreten worden und niemals im Vermögen des Gemeinschuldners gewesen ist, fällt nicht hierunter. Dasselbe läßt sich von jeder [374]) anderen Ausschlagung eines Erwerbs sagen [375]).

374) Wilmowski S. 109 Abs. 1 a. E.; v. Völderndorff S. 272 Amn. 21. Korn S. 55 flg. macht eine willkürliche Unterscheidung, je nachdem die unterlassene Erwerbshandlung eine Arbeit oder eine Willenserklärung ist.

375) Auch die Motive II, S. 116 (zu § 22) sind für Unanfechtbarkeit der Ausschlagung eines Erwerbs. Dieselben bemerken gleichzeitig mit Recht, daß nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen sei, was als erworben und was als noch nicht erworben zu gelten habe. Das heißt natürlich nicht, daß das bürgerliche Recht darüber bestimme, ob Ausschlagungen anfechtbar sind; also gilt im sächs. Recht § 1511, zweiter Satz des B. G. B.'s nicht mehr (vergl. B. G. B. § 2250; Kranichfeld S. 13; v. Sarwey S. 146). Andererseits wird man beachten müssen, welchen Sinn ein Erwerb hat. Ist er in der Weise provisorisch, daß nach einer Ausschlagung u. dergl. es so angesehen wird, als ob er nie gemacht worden wäre (Geltendmachung des beneficium abstinendi seitens eines suus, Repudiation eines Legats — cf. auch B. G. B. §§ 2427, 2507), so würde eine Anfechtung jener Handlungen doch darauf hinauskommen, Werthe zur Masse zu ziehen, welche für die juristische Betrachtung im Vermögen des Schuldners nie gewesen sind: Vergl. oben § 4 Note 70. A. M. v. Völderndorff I, S. 310 Note 4, Motive I, S. 170, II. S. 117. — Wenn v. Sarwey S. 145 die l. 6 § 4 D. h. t. daraus erklären will, daß bei Ausschlagung eines Erwerbs der andere Theil nicht doli particeps sein könne, so setzt er sich doch gar zu kühn über den Zusammenhang der Stelle hinweg. Wenn er übrigens hierbei dolus im Gegensatz zur bloßen scientia fraudis nimmt, so siehe hiergegen oben § 8 bei Note 198—207, und unten § 19 bei Note 448.

IV.

Es bleibt noch zu zeigen, in welchem Zeitpunkt der Schaden der Gläubiger, die nachtheilige Einwirkung der Vermögensverhältnisse des Schuldners auf die Forderungen, als eingetreten anzusehen ist.

Otto[376]) sagt, mit dem Moment der Konkurseröffnung; wir sagen, möglicher Weise später, möglicher Weise aber auch schon früher; nämlich mit dem Eintritt des Verzugs. Otto meint — übrigens nicht ohne die Frage nach der Zeit des Eintritts des Schadens mit der Untersuchung über den Begriff des Schadens zu vermengen[377]) —, die Gläubiger seien verletzt, weil die ihnen gebührende Befriedigung zu der Zeit, wo sie ihnen zukommt, ausbleibe. Wir geben zu, daß derjenige Zustand des schuldnerischen Vermögens, welcher die Vorbedingung der Anfechtbarkeit bildet, für die Gläubiger dann verletzend wird, wenn er Erfüllungsverzug verursacht, und fragen: Ist nothwendig erst die Zeit der Konkurseröffnung diejenige, wo den Gläubigern Befriedigung zukommt? Liegt ferner eine Rechtsverletzung darin, wenn eine fällige Forderung — Fälligkeit tritt freilich mit der Konkurseröffnung in der Regel ein[378]) —, wenn beispielsweise eine Darlehnsforderung, die auf Grund besonderen Abkommens von vorn herein jeder Zeit „mahn- und zahlbar" ist, nicht sofort berichtigt wird? Offenbar sind beide Fragen zu verneinen. Die Zeit der Konkurseröffnung hat mit derjenigen, wo den Gläubigern Befriedigung zukommt, nichts zu schaffen; den Gläubigern kommt Befriedigung zu — in dem Sinne, daß Ausbleiben derselben eine Rechtsverletzung enthält —, sobald sie berechtigter Weise solche verlangen, also vor der Konkurseröffnung mahnen oder klagen, nach dieser ihre Forderungen anmelden[379]), oder, wofern der Satz: Dies interpellat pro homine, auf eine Forderung Anwendung leidet, mit dem Eintritt des betreffenden Tages.

---

376) Otto S. 140 a. E., S. 141 Abs. 1.

377) Vergl. oben bei Note 346 flg. ferner § 9 bei Note 230—240.

378) K. O. § 58.

379) Die Anmeldung steht auch sonst der Klagerhebung gleich: K. O. § 13; Einf. Ges. § 3 vorletzter Abs. — Daß die Konkurseröffnung der Klagerhebung gleich stehe, wird in K. O. § 13 — wenn auch nur indirekt — verneint. (Die Frage ist praktisch wichtig; vergl. oben § 7 bei Note 122 flg.)

§ 17. Die Rechtshandlung des Schuldners.

Wir wenden uns nunmehr zur objektiven Ursache des Schadens der Gläubiger; und zwar wollen wir zunächst darauf hinweisen, daß eine Thätigkeit des Schuldners erfordert wird, hierauf die Nothwendigkeit des objektiven Kausalzusammenhangs zwischen dieser Thätigkeit und dem Schaden der Gläubiger berühren und endlich etwas länger dabei verweilen, daß die That des Schuldners eine Rechtshandlung sein muß.

I.

Hinsichtlich des Ersteren können wir im Allgemeinen uns auf das beziehen, was wir an der betreffenden Stelle des gemeinrechtlichen Theils gesagt haben. Insbesondere verdient noch bemerkt zu werden, daß die Konkursordnung gegenüber irrigen Auffassungen, die in der preußischen Praxis[380]) bestanden, ausdrücklich anordnet, daß ein fraudulöses Verhalten des Schuldners weder durch formelle Bestärkungsmittel, noch durch Mitwirkung des Gerichts zu etwas Rechtsbeständigem werden kann. Es wird also die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die benachtheiligende Willenserklärung des Schuldners ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt worden ist; und es ist eine anfechtbare Handlung, wenn der Schuldner mit Erfolg darauf hingearbeitet hat, einem seiner Gläubiger ein Arrestpfand oder Hülfspfand zu verschaffen[381]). Andererseits kann selbstverständlich nicht etwa eine Vollstreckung gegen Jemanden, der sich in ungünstigen Vermögensverhältnissen befindet, aber nichts zum Schaden seiner Gläubiger unternommen hat, unter Fiktion der Rechtshandlung des Schuldners, der

---

380) Vergl. z. B. Striethorst XXVIII, no. 44 S. 197 flg.

381) K. O. § 28. Der sprachliche Vorwurf, den Otto S. 88, v. Völderndorff S. 336, S. 337 dem Paragraphen machen, ist nicht begründet. „Für" die anfechtbare Handlung heißt einfach „zum Zwecke einer größeren Wirksamkeit der anfechtbaren Handlung". Somit sehe ich nicht ein, weshalb man z. B. nicht soll sagen können: Für ein anfechtbares prozessuales Geständniß ist im darauf folgenden Urtheil ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt. Otto und v. Völderndorff haben offenbar die Vorstellung, daß „für" von „Schuldtitel" abhängt; es hängt aber von „erlangt" ab. (Otto sagt ausdrücklich, das Urtheil sei nicht immer „Titel für" das anfechtbare prozessuale Verhalten; gewiß! Aber erlangt kann das erstere für das letztere sein.)

Benachtheiligungsabsicht und der Kenntniß derselben für anfechtbar angesehen werden[382]).

II.

Hinsichtlich der Bedeutung des objektiven Kausalzusammenhangs zwischen der Thätigkeit des Schuldners und dem Schaden der Gläubiger verweisen wir auf das, was im gemeinrechtlichen Theile an der entsprechenden Stelle gesagt worden ist[383]). Der Beweis dafür, daß objektiver Kausalzusammenhang vorliegen müsse, wird unten[384]) erbracht werden. Dort werden wir nämlich zeigen, daß auch subjektiver erforderlich ist; dieser setzt aber den objektiven voraus.

III.

Es ist endlich nach der Konkursordnung nöthig, daß die Thätigkeit des Schuldners in einer Rechtshandlung bestanden habe[385]); es ist

---

382) Hullmann S. 139 Abs. 8; Otto S. 90 Abs. 2 a. E.; Mandry S. 378 a. E. (in den Worten: ... „soweit nicht etwa das Requisit unter Ziffer 3 auf ein entgegengesetztes Resultat hinführt"). Dagegen citirt v. Wilmowski S. 121 no. 2 a. E. hier den Satz: Coactus voluit, sed voluit — ein Citat, was nur betreffs einer vis compulsiva Sinn hätte und also sehr unpassend ist; denn durch die Vollstreckung wird der Schuldner in der Regel keineswegs zu einer Willenserklärung gezwungen; sein Wille ist dabei ganz unerheblich, nicht einmal seine Gegenwart ist nöthig oder auch nur erwünscht. Gegen v. Wilmowski's Meinung spricht auch, daß nach den Protokollen S. 21 die Reichstagskommission den § 28 nicht für ausreichend befunden hat, um die Anfechtbarkeit einer Zwangsvollstreckung auf Grund des § 23 no. 1, wie er im Bundesrathsentwurf lautete, zu sichern, und daher zu einer Aenderung des Wortlauts des § 23 geschritten ist.

Der Schluß des § 28 der K. O. ist nicht glücklich gefaßt. Es wird hier von einer anfechtbaren Handlung gesprochen, welche „durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrests erwirkt worden ist"; im Gegentheil wird aber durch die anfechtbare Handlung die Zwangsvollstreckung oder der Arrest erwirkt. Der Schluß des Paragraphen sollte heißen: ... „oder daß *der auf ihr*" (sc. der anzufechtenden Rechtshandlung) „*beruhende Erwerb* durch Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrests erlangt worden ist".

383) Vergl. § 5 bei Note 80—84; Striethorst LXXX no. 41, S. 186.

384) § 18 bei Note 415—418.

385) K. O. § 24 no. 1, § 22. Ein Vertrag braucht keineswegs vorzuliegen; der § 24 no. 1 spricht nicht davon, daß etwas mit einem anderen Theile „eingegangen" worden sein müsse, wie Krische S. 712 fälschlich behauptet; vielmehr ist nur von einer „vorgenommenen" Rechtshandlung die Rede. Der „andere Theil" ist einfach der Anfechtungsgegner, derjenige, der insoweit bei der Handlung bethei-

auch erforderlich, daß diese vor der Konkurseröffnung vorgenommen worden sei [386]).

Zu diesen beiden Abweichungen vom gemeinen Recht behaupten die Motive [387]) noch eine dritte: Es müsse eine positive Handlung vorliegen, eine Unterlassung sei nicht ausreichend.

Es fragt sich, inwieweit das im Gesetz ausgedrückt ist. Die K. O. fordert eine Rechtshandlung: Muß man unter Rechtshandlung auch Unterlassungen verstehen? Kann man solche darunter verstehen? Kann man jede Art Unterlassungen darunter begreifen?

Die erste und dritte Frage sind zu verneinen, die zweite zu bejahen.

Man muß unter Rechtshandlung nicht auch die Unterlassung verstehen. — Denn wir unterscheiden, wie keines Beweises bedarf, Handlung im engeren Sinn und Handlung im weiteren Sinn, und zwar in der Weise, daß wir nur im letzteren Fall die Unterlassungen einbegreifen. Von vorn herein besteht kein zwingender Grund zu der Annahme, daß die Konkursordnung bestimmt den weiteren Gebrauch des Wortes oder daß sie bestimmt den engeren im Auge habe.

Damit ist zugleich die zweite Frage erledigt [388]).

Kann man aber jede Unterlassung mit dem Ausdruck Rechtshandlung bezeichnen? Es ist selbstverständlich, daß nur rechtlich erhebliche

---

ligt ist, daß er deshalb verklagt werden kann. Vergl. unten § 31 bei Note 649—652.

386) K. O. § 22.

387) Motive I, S. 149. — Die Unterschiede, welche die Motive zwischen Unterlassung und Handlung angeben, bestehen theils nicht (v. Bölderndorff I, S. 261 Note 7, Sarwey S. 119, Otto S. 43 meinen sogar, daß sie überhaupt nicht beständen), theils — es sei willkürlich, an Stelle einer Unterlassung eine bestimmte Handlung zu setzen — sind sie unerheblich. Denn auch bei der Anfechtung von Handlungen im engern Sinn handelt es sich nicht darum, an deren Stelle etwas, und zwar die entsprechende Unterlassung, zu setzen; die actio Pauliana ist nun einmal keine actio ficticia, weder im römischen noch im Reichsrecht, so leicht sich diese Vorstellung auch einschleicht. Vergl. oben § 2 bei Note 32 und unten § 33 bei Note 709.

388) Sarwey S. 119 meint indeß, man könne unter Rechtshandlung eine Unterlassung niemals verstehen, und schließt sich daher de lege lata den Motiven an. Dies thun auch v. Bölderndorff I, S. 261, Wengler S. 189 flg. Dagegen hält Jäckel S. 46 flg. jede Unterlassung für anfechtbar.

Unterlassungen in Betracht kommen; kommen aber diese alle in Betracht?

Zunächst ist klar, daß — wegen der Bedeutung des Willens im Recht — der Ausdruck Rechtshandlung nur solche Unterlassungen trifft, mit denen ein Wille entweder wirklich oder kraft gesetzlicher Annahme ausgedrückt wird, und welche wegen dieses in ihnen an den Tag gelegten oder bei ihrem Vorhandensein angenommenen Willens von rechtlicher Erheblichkeit sind; während Unterlassungen, bei denen es auf einen zu Grunde liegenden Willen gar nicht ankommt, und welche nur insofern von Wichtigkeit sind, als eben etwas nicht geschehen ist, dessen Geschehen eine Bedeutung gehabt haben würde, mit jenem Namen nicht benannt werden können, und zwar auch dann nicht, wenn im gegebenen Fall die Unterlassung die Folge eines besonderen Entschlusses ist.

Man muß sich aber hier klar machen, daß von der letzteren Regel Fälle nicht betroffen werden, in denen wiederum der Entschluß, nicht zu handeln, für sich eine rechtliche Bedeutung hat, namentlich wenn er unter Verletzung eines bestimmten Gebots gefaßt wird; vielmehr greift dann die erstere Regel Platz. Denn dem betreffenden Gebot gegenüber ist die Unterlassung ja gerade wegen des ihr zu Grunde liegenden Willens beachtlich und zwar nicht nur überhaupt eine Rechtshandlung, sondern sogar eine Rechtsverletzung [389]).

Wendet man diese Grundsätze auf die uns jetzt beschäftigende Frage des Anfechtungsrechts an, so könnte man zunächst den letztgedachten Umstand dahin verwerthen, daß man sagte: Weil es sich bei einem Verfahren, welches auf Grund von K. O. § 24 no. 1 anfechtbar ist, immer um eine bewußte und gewollte Nichtbeachtung einer Rechtspflicht handelt, so muß in diesem Zusammenhange jede Unterlassung als Rechtshandlung gelten.

Wenn das nur nicht eine petitio principii wäre! Die K. O. will offenbar nicht ein Verfahren für anfechtbar erklären, welches erst dadurch Rechtshandlung wird, daß es die Rechte der Gläubiger ver-

389) Deshalb ist es schwerlich richtig, wenn Savigny System IV Beilage IX unter XI glaubt, daß ein Ehegatte dem andern durch Nichtunterbrechung der Verjährung gültig schenken könne; er kommt auch mit abweichenden Quellenentscheidungen über analoge Fälle nicht wenig in die Enge (vergl. ebenda unter II, S. 564 flg.).

letzt, sondern sie fordert für eine in ihrem Sinne erhebliche Verletzung der Gläubiger, daß das Verletzende schon an sich Rechtshandlung ist. Sonst wäre das Wort „Rechtshandlung" an den betreffenden Stellen der Konkursordnung überhaupt nichtssagend; sonst könnten auch die Motive nicht von der Auffassung ausgehen, daß durch den Ausdruck „Rechtshandlung" die eigentlichen Unterlassungen von der Anfechtbarkeit ausgenommen würden.

Hieraus ergiebt sich, welche Auffassungen nach dem Wortlaut des Gesetzes möglich sind; es sind deren drei. Entweder nämlich sind alle Unterlassungen anfechtbar; oder es sind höchstens solche anfechtbar, welche auch abgesehen vom Anfechtungsrechte Rechtshandlungen — in dem soeben erörterten Sinne — sind; oder endlich, es ist auch von den letzteren Rechtshandlungen nur ein Theil anfechtbar.

Die Motive [390]) scheinen sich für die dritte Möglichkeit auszusprechen; sie unterwerfen nämlich nur solche Unterlassungen der Anfechtung, welche das Gesetz einer bestimmten positiven Handlung gleichstellt. Allein diese Beschränkung, wenn man sie wörtlich nimmt, ist durchaus willkürlich [391]); und sie ist auch schwerlich wörtlich gemeint. Sie wird dahin zu verstehen sein, daß solche Unterlassungen der Anfechtung unterliegen, welche kraft Gesetzes eine eigene rechtliche Wirkung haben, nicht blos Voraussetzung für die Wirksamkeit anderer Thatsachen sind; also im Sinne der zweiten von den oben angegebenen drei Möglichkeiten.

Verdeutlichen wir unsere Meinung durch das Eingehen auf einzelne Fälle. Wir nehmen zuerst die Nichtunterbrechung der Verjährung. Nach römischem Recht war Alles anfechtbar, was die Gläubiger schädigte, mochte es nun an sich eine Rechtshandlung darstellen oder nur vom Standpunkte der Rechte der Gläubiger aus eine solche werden [392]); es mußte also auch die Nichtunterbrechung der Verjährung

390) Motive I, S. 149 flg.

391) Hierüber ist man — bis auf Korn S. 48 flg. — einig: Jäckel S. 48 flg. Der Letztere ist aber der Ansicht, daß man überhaupt innerhalb der Unterlassungen keine haltbare Unterscheidung aufstellen könne. Nimmt man, wie Jäckel thut, die Motive beim Wort, so würde nach ihnen Versäumniß der mündlichen Verhandlung seitens des Beklagten anfechtbar, seitens des Klägers unanfechtbar sein; ebenso wäre dann Unterlassen des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl unanfechtbar (Jäckel a. a. O.).

392) Vergl. oben § 5 bei Note 86 und 87.

die actio Pauliana begründen. Nach der Konkursordnung ist das anders [393]). Die Nichtunterbrechung der Verjährung ist, an sich betrachtet, das reine Nichts. Die Thatsache des Zeitablaufs vernichtet den Anspruch [394]); ihrer Wirkung kann in gewisser Weise entgegengetreten werden; ist das nicht geschehen, so bedeutet das für den Untergang der Forderung nicht mehr, als z. B. für das Fortbestehen des Besitzes der Umstand in's Gewicht fällt, daß Niemand die besessene Sache entwendet hat. In beiden Fällen kann man nur sagen, daß die Dinge ihren Lauf gehabt haben, und daß sie einen anderen Lauf genommen haben würden, wenn etwas eingewirkt hätte, was nicht eingewirkt hat.

Ein Fall entgegengesetzter Art würde es sein, wenn Jemand duldet, daß seine Geschäfte in seiner Gegenwart von einem Dritten geführt werden. Der Erstere gilt dann als Auftraggeber [395]). Würde also der andere, der Beauftragte, einen Vertrag zum Nachtheil der Gläubiger des Vertretenen schließen, so würde dieser für den Letzteren ohne weiteres gültig sein [396]).

Hier aber wäre die Unterlassung des Einspruchs gegen die Geschäftsführung anfechtbar; denn gerade durch die Unterlassung, durch die nach Lage der Sache in ihr hervortretende Willenserklärung wird die Verbindlichkeit des Vertrags für den Nichthandelnden bewirkt; keineswegs wird solche Verbindlichkeit durch den Gang der Dinge hervorgerufen, welchem der Nichthandelnde theilnahmlos fern bliebe.

Aehnlich verhält es sich mit dem Nichterscheinen des Beklagten im Termine zur mündlichen Verhandlung (C. P. O. § 296). Nicht etwa deshalb wird unter Zugrundelegung der Klagbehauptungen erkannt, weil diese an sich glaubhaft wären und erst durch besonderen Widerspruch des Beklagten zweifelhaft würden [397]). Vielmehr muß das Ge-

393) Dernburg S. 315 § 128 Note 3 hält jedoch Nichtunterbrechung der Verjährung auch nach der K. O. für anfechtbar; ebenso Otto S. 43 flg.

394) Otto S. 44 meint dagegen, in der Nichtunterbrechung der Verjährung liege „ein positiver Verzicht". Wie aber, wenn der Gläubiger von der verjährenden Forderung gar nichts weiß? Vergl. Windscheid § 105, namentlich die in Note 3 angeführten Stellen; Krische S. 697.

395) l. 6 § 2, l. 18, l. 53 D. mandati XVII, 1. Sächs. B. G. B. § 1297.

396) Windscheid § 313 bei Note 4. Sächs. B. G. B. § 788.

397) Vergl. Wach, Präklusion und Contumaz (Programm vom 30. Mai 1879) S. 26—30.

richt auch das lächerlichste und unwahrscheinlichste Klaganführen als feststehend behandeln, wenn der Beklagte säumig ist. Die Säumniß ist also selbst wirksam, sie ist nicht Nichts, nicht das einfache Unterbleiben einer denkbaren Gegenwirkung[398]). Das Gleiche gilt vom Unterbleiben des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl.

In der Lehre von den anfechtbaren Unterlassungen spricht man zuweilen auch vom Nichtvorschützen einer Einrede, vom Nichtstellen eines sachdienlichen Antrags, und dergl. Diese Fälle gehören nicht hierher; es handelt sich bei ihnen nicht um anfechtbare Unterlassungen, sondern um eine anfechtbare Handlung im engeren Sinne, nämlich um anfechtbare Prozeßführung[399]). Man wird diese Behauptung durch abstrakte Argumentationen bewiesen zu sehen erwarten; im Gegentheil! Sie stützt sich auf Vergegenwärtigung der konkreten Vorgänge. Man denke sich eine Amtsgerichtssitzung; der Kläger begründet durch Anführen der Hingabe und Annahme eines Darlehns eine Darlehnsforderung, die längst bezahlt ist; der Amtsrichter fragt nach dem Klagvortrag den Beklagten: Ist das wahr? Der Beklagte sagt: Ja! — und wird verurtheilt. Kann man sagen, er wirke zum Zustandekommen der Judikatsobligation durch ein Unterlassen mit? Nein, durch sein Erscheinen vor Gericht und durch sein Ja begründet er sie[400]); woran dadurch nichts geändert wird, daß sie auch entstanden sein würde, wenn

---

398) Auch das Nichterscheinen des Klägers — C. P. O. § 295 — ist eine anfechtbare Unterlassung. Denn auch sie ist etwas Mitwirkendes, wie daraus hervorgeht, daß der Kläger geladen sein muß (C. P. O. § 300 no. 2). War die Klage von vorn herein in der Absicht erhoben, den Termin zu versäumen, so liegt eine anfechtbare positive Handlung vor. Vergl. bei Note 399 im Text.

399) Savigny, System Bd. IV Beilage IX unter XIII S. 584 flg.; Motive II, S. 116; v. Wilmowski S. 108 (zur Berichtigung des dortigen Druckfehlers — Ausreden statt Abmachungen — vergl. Motive II S. 116 Abs. 1 a. E.). — A. M. Otto S. 41. Derselbe fragt: Wie dann, „wenn der Nichtgebrauch eines Vertheidigungsmittels außerhalb des Rahmens der Prozeßführung sich ereignet"? Das soll wohl heißen: Wenn gezahlt wird, obwohl mit Hinweis auf eine Einrede Zahlung abgelehnt werden könnte. Die Antwort ist einfach: Es ist dann eben anfechtbar — gezahlt worden.

400) Es ist ein Rechtsgeschäft der energischsten Art, in dem hier wesentlichen Punkte der in jure cessio gleich. — Jäckel S. 52 hält die Unterlassung für das Anfechtbare, weil sie, und nicht die etwa vorausgegangene fraudulose Abmachung, kausal sei. Die letztere ist es allerdings nicht, aber die Unterlassung auch nicht; dieser zu Folge wird nur eine andere Kausalität nicht beseitigt. — Das Wahre in der angezogenen Bemerkung Jäckels wird übersehen von Hartmann S. 22.

er nicht gekommen wäre. Denn dann wäre sie eben durch andere Mittel entstanden; jetzt ist blos die Frage, wodurch sie wirklich in's Leben gerufen worden ist.

Man darf sich dadurch nicht beirren lassen, daß jenes Ja anscheinend weiter nichts als die Wahrheit ist. Erstens ist es dennoch eine Lüge; denn nicht auf den lexikalischen Sinn der Worte kommt es hier an, sondern auf die Vorstellung, die damit bei dem Anderen — also bei dem Amtsrichter — hervorgerufen wird und hervorgerufen werden soll. Zweitens ist das Ja jedenfalls die Ursache des verurtheilenden Erkenntnisses, es mag nun eine ehrliche Antwort sein oder nicht.

§ 18. Der Benachtheiligungswille des Schuldners.

Betreffs der Absicht des Schuldners, von welcher der § 24 no. 1 der K. O. spricht, werden wir wiederum dieselben Fragen zu behandeln haben, welche im gemeinrechtlichen Theil erörtert worden sind; wir werden auch zu denselben Ergebnissen gelangen. Wir werden sehen, daß nicht weniger verlangt wird als Wille, daß also grobe Fahrlässigkeit nicht ausreicht; daß aber Wille auch hinlänglich ist und die Schädigung der Gläubiger nicht Motiv für die Handlungsweise des Schuldners zu sein braucht; daß jener Wille, was seinen Inhalt angeht, der Wille, die Gläubiger zu schädigen, ist, eine persönliche Richtung auf bestimmte Gläubiger aber nicht gefordert wird; daß er endlich, betreffs seiner rechtlichen Bedeutung, die Ursache des Schadens der Gläubiger bilden und rechtswidrig sein muß. Nicht von allen diesen Dingen wird mit der Ausführlichkeit zu sprechen sein, die wir oben für zweckdienlich gehalten haben; doch dürfen wir nicht vergessen, daß wir auf einem neuen Boden stehen und auf diesem unsere Behauptungen begründen müssen.

I.

Was zunächst den Begriff der Benachtheiligungsabsicht angeht, so können wir denen gegenüber kurz sein, welche culpa lata ausreichen lassen wollen. Betreffs der Ableitung dieser Ansicht aus dem allgemeinen Grundsatze: Culpa lata dolo aequiparatur haben wir oben gesagt, was uns zu sagen nöthig schien; eine besondere Vorschrift der Konkursordnung, auf welche die Gegner sich berufen könnten, giebt es nicht.

Weniger einfach liegt die zweite Frage, nämlich ob der Schuldner die Schädigung der Gläubiger müsse bezweckt haben, oder ob es ausreicht, wenn er sie gewollt hat. Hier sind die Motive der Konkursordnung gegen uns. Nicht als ob sie die Meinung, welche wir bekämpfen, in eine formulirte Regel gefaßt vortrügen. Sie unterscheiden jedoch wiederholt[401]) zwischen der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, und der Absicht, einen Gläubiger vor den anderen zu begünstigen; und zwar meinen sie, daß die letztere Absicht in der Regel zur Begründung der Anfechtbarkeit nicht genüge[402]); wenn das Gesetz in § 23 no. 2 sie als hinlänglich betrachte, so liege darin eine nur für diesen Paragraphen geltende „weitere Auffassung des dolus", welche allein durch die dort fragliche „objektive Begünstigung in Verbindung mit dem Zeitraum" — d. i. die Frist zwischen der Konkurseröffnung und dem zehnten Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag — „gestattet und erfordert"[403]) werde.

Es kommt darauf an, wie man diese Wendungen der Motive versteht. v. Völderndorff[404]) giebt ihnen eine Deutung, bei deren Richtigkeit sie unserer Ansicht nicht widersprechen würden. Er geht davon aus, daß „einen Gläubiger vor den anderen begünstigen" weiter nichts heiße, als einem Gläubiger einen besonderen Vortheil gewähren, den man den übrigen versagt; also z. B. einem ein Pfand bestellen, den anderen nicht. Dabei ist v. Völderndorff natürlich erstaunt, daß der § 23 no. 2 dem Anfechtungsgegner — der doch nach den Satzungen dieses Paragraphen mehr bekommen haben muß, als er zu fordern hat — den Beweis verstattet, er habe nicht gewußt, daß der Schuldner ihm habe eine Gunst erweisen wollen; v. Völderndorff meint — und er hat von seinem Standpunkte aus unwidersprechlich Recht —, daß ein derartiger Beweis eine Unmöglichkeit sei.

---

401) Motive I, S. 156; S. 160 flg. Kranichfeld, der dieselbe Ansicht hat, wie die Motive, zieht S. 21 die in den Mot. I S. 173 zu lesende Aeußerung hierher, daß das Bewußtsein schon vorhandener Insufficienz mit vollkommen redlicher Absicht verträglich sei; mit Unrecht! Vergl. oben § 7 bei Note 117—123 und unten bei und in Note 413. Dagegen gehört hierher noch die Auffassung der Motive über die Anfechtbarkeit der Zahlungen; vergl. unten bei Note 423.

402) Motive I, S. 156; II, S. 122.

403) Motive I, S. 160 flg., II, S. 125.

404) v. Völderndorff I, S. 286 Note 61. Dieselbe Auffassung scheint auch Wengler S. 205 flg. zu haben.

Indeß eben weil v. Völderndorff von seinem Standpunkt aus Recht hat, muß sein Standpunkt falsch sein. Denn das Gesetz und der Verfasser der Motive können nicht die Absicht gehabt haben, einen Gegenbeweis zu verstatten, welcher überhaupt niemals oder wenigstens nur in absonderlichen Fällen — wenn der Gläubiger nicht gewußt hat, was er fordern durfte — geführt werden kann. Wie könnten auch die Motive die doch gewiß nicht rechtswidrige, sondern im Gegentheil höchst löbliche Absicht, einem Gläubiger etwas Gutes zu thun, einen „weiter gefaßten dolus" nennen? Seit wann ist man verpflichtet, wenn man Jemandem ein Geschenk macht, allen anderen Menschen ebensoviel zu schenken?

Nein; einen Gläubiger vor den andern begünstigen ist vom Standpunkt des hoffnungslos Ueberschuldeten aus gesagt. Es heißt, einen Gläubiger auf Kosten der anderen begünstigen; es heißt, willentlich und wissentlich die Letzteren schädigen, um dem ersteren einen Vortheil zuzuwenden; es bedeutet, bei einer gewollten Schädigung jener die Bereicherung dieses zum Zweck haben.

Eine solche Gesinnung soll nun nach Ansicht der Motive für die Anfechtung in der Regel nicht ausreichen, sondern nur ganz ausnahmsweise im Fall des § 23 no. 2.

Wir behaupten, daß der Verfasser der Motive in diesem Punkte sich der Tragweite dessen, was er schrieb, nicht bewußt gewesen ist. Wir sagen viel; wir beweisen es aber auch, und zwar durch Hinweis auf die Unerträglichkeit der praktischen Konsequenzen und — eine andere Stelle der Motive.

Zunächst die praktischen Konsequenzen. Wir haben oben[405]) gezeigt, wie Motiv und Willensinhalt in unserer Frage sich verhalten können: Der Schuldner will den Schaden der Gläubiger um des Schadens willens; oder er will ihn um desjenigen Vortheils — seiner selbst oder eines Dritten — willen, welcher die logische Kehrseite jenes Schadens bildet; oder endlich er will ihn aus einem Grunde, der mit dem Schaden der Gläubiger an sich nichts zu thun hat. Nun würde die Praxis es zur Noth ertragen können, wenn man Fälle der dritten Art von der Anfechtung ausnehmen wollte; eine Befreiung der Fälle der zweiten Art kann sie nimmermehr ertragen. Denn gerade diese Fälle

405) § 7 bei Note 110 und 111.

sind, von verschwindenden Ausnahmen abgesehen, die einzigen, welche wirklich vorkommen[406]).

Wie steht es nun mit der Ansicht der Motive? Gerade eben diese Fälle der zweiten Art würden nach ihr unanfechtbar sein. Denn wenn man unterscheidet zwischen der Absicht, einen Gläubiger auf Kosten der anderen zu bevorzugen, und zwischen der, die Gläubiger zu benachtheiligen, so hebt man gerade den Gegensatz zwischen Schädigung um der Schädigung willen und Schädigung um des entsprechenden Vortheils eines Dritten willen hervor[407]).

Nun die andere Stelle der Motive. Dieselben billigen es, daß das römische Recht im Fall der l. 17 § 1 D. h. t. — Verschenkung des ganzen Aktivvermögens an liberi naturales — das consilium fraudandi präsumirt[408]). Giebt nun das Sachverhältniß dieser Stelle für die Vermuthung einen Anhalt, daß der Schuldner die Schädigung der Gläubiger des Schadens wegen gewollt habe? Gewiß nicht; er hat für seine Kinder zu sorgen beabsichtigt; er hat diese auf Kosten der Gläubiger bereichern wollen; genau wie derjenige hat er gedacht, welcher im Sinne des § 23 no. 2 der K. O. einen Gläubiger vor den anderen begünstigt.

Hiernach ist es wohl nicht zu viel behauptet, wenn wir sagen, es lasse die Haltung der Motive das Bewußtsein vermissen, daß in dieser Frage zwischen zwei sich widersprechenden Grundsätzen eine folgenschwere Wahl zu treffen ist; daß die Motive, anstatt von einer klaren

---

406) Krische S. 605.

407) Jäckel S. 67 flg. ist ebenfalls dafür, daß der Schuldner den Schaden der Gläubiger bezweckt haben müsse. Gegenüber den praktischen Bedenken hilft er sich damit, daß er sagt, die beiden in Frage kommenden psychologischen Zustände liegen so nahe bei einander, daß der Schluß von dem einen auf den andern wohl immer (!! In Wahrheit bezweckt der Schuldner den Schaden der Gläubiger fast nie) gegeben sein werde (S. 67 Note 1). Ueberhaupt ist es eine häufig wiederkehrende Erscheinung, daß diejenigen, welche Gewicht auf den Zweck des Schuldners legen, sich mit gewaltsamen Präsumtionen helfen. — Korn S. 65 flg. weiß nicht, was er will. Er theilt mit Otto die richtige Ansicht, meint, daß Jäckel, welcher S. 72 Note 10 selbst Otto als seinen Gegner anführt, Otto's Meinung habe, und polemisirt darauf hin gegen beide, anstatt, wie er folgerichtig müßte, beiden zuzustimmen.

408) Motive I, S. 167; II, S. 133: I, S. 173; II, S. 130 (verbis: „wie dies namentlich bei Schenkungen der Fall sein wird").

Einsicht in die psychologischen Gegensätze, von einem schwankenden Gefühl der sprachlichen Bedeutung des Wortes „Absicht" geleitet werden. Welchen Werth aber für die Auslegung von Gesetzen man Motiven auch beilegen möge, eine maßgebende Bedeutung kann ihnen dann nicht beiwohnen, wenn ihr Sinn nicht klar ist[409]).

Sonach müssen wir uns für die Entscheidung unserer Frage nach andern Erkenntnißquellen umsehen.

Wir beziehen uns auf die Zweckmäßigkeit und auf den Sinn des Wortes Absicht in der Rechtssprache.

Die Zweckmäßigkeit entscheidet für uns aus dem schon angegebenen Grunde: Wenn man überhaupt jemals fordern will, daß der Schaden der Gläubiger das Motiv des Schuldners gewesen sei, so muß man es immer fordern; man muß also auch diejenigen Fälle, die wir oben[419]) bei der Aufzählung der denkbaren Verhältnisse zwischen Motiv und Schädigungswille an zweiter Stelle genannt haben, und welche, wenn die Anfechtbarkeit auf Grund der K. O. § 24 no. 1 für die Praxis überhaupt einen Werth haben soll, schlechterdings anfechtbar sein müssen, für unanfechtbar erklären. Denn Motiv und Wille sind verschieden, und man kann hier nicht in der Weise vermitteln, daß man ein und dasselbe Wort Absicht in dem nämlichen Paragraphen der K. O. für einige Fälle im Sinne von Motiv oder Zweck, für andere im Sinne von Wille versteht.

Was ferner den juristischen Sprachgebrauch von Absicht anlangt, so wird dieses Wort in der Regel in einem doppelten Sinne angewendet[411]): Entweder zur Bezeichnung des auf einen rechtswidrigen Erfolg mit Bewußtsein gerichteten Willens; oder um ein Motiv anzugeben, welches für die Rechtswidrigkeit der Handlung selbst nicht wesentlich ist, sondern nur den Schluß auf eine besondere Verwerflichkeit oder Gefähr-

409) Dasselbe gilt von einer Entscheidung des R. O. H. G. Bd. V Nr. 101 S. 429 a. E., wo es betreffs des § 103 no. 1 der preuß. Konk.-Ordnung (welcher dem § 24 no. 1 der R. K. O. entspricht) heißt: Wenn der Kridar zur Zeit der Einräumung einer Hypothek zahlungsunfähig gewesen sei und mit dieser Hypothekbestellung eine Bevorzugung des gesicherten Gläubigers *vor den anderen bezweckt* habe, so folge hieraus noch keineswegs die Absicht einer unredlichen Bevortheilung der letzteren.

410) Vergl. oben bei Note 405.

411) Vergl. *Binding*, Normen, Bd. II § 74 S. 597 flg.; sächs. B. G. B. § 121.

lichkeit oder Entschuldbarkeit des widerrechtlichen Willens gestattet. Nur selten und in Fällen, die mit dem jetzt fraglichen nichts gemein haben, kommt Absicht in dem Sinne vor[412], in welchem es in K. O. § 24 no. 1 gebraucht sein müßte, wenn hier gefordert würde, daß die Benachtheiligung der Gläubiger der Zweck des Schuldners gewesen sei; nur selten nämlich bezeichnet Absicht eine Willensverfassung, der es wesentlich ist, daß der Erfolg, dessen Herbeiführung das Motiv des Handelnden ist, gleichzeitig die allein erhebliche Wirkung seiner Handlung darstellt, oder kürzer, eine Willensverfassung, deren rechtliche Beachtlichkeit ausschließlich auf der Identität des Motivs mit dem rechtlich erheblichen Willensinhalt beruht.

II.

Soviel von dem Begriffe der Benachtheiligungsabsicht. Was den Inhalt derselben angeht, so können wir uns kurz fassen: Wir haben gesehen, daß im gemeinen Recht nur Scheingründe, keine stichhaltigen Beweise für die Meinungen bestehen, daß es nicht auf den Willen, die Gläubiger zu schädigen, ankomme, sondern das Bewußtsein, Ueberschuldung herbeizuführen, genüge[413], und daß die Benachtheiligungsabsicht auf bestimmte Gläubiger oder wenigstens Forderungen gerichtet sein müsse[414]; für das Recht der K. O. giebt es nicht einmal solche Scheingründe.

II.

Wir kommen endlich zur Lehre von der rechtlichen Bedeutung des schuldnerischen Willens: Auch im modernen Recht bleibt es nöthig, daß eine Absicht, um überhaupt erheblich sein zu können, wirksam sein

412) Es kommt aber so vor; z. B. in einigen Reichsgerichtsentscheidungen zur Bezeichnung derjenigen „Absicht der Beleidigung", vermöge welcher die letztere auch in den Fällen der §§ 192 und 193 des Str. G. B.'s strafbar ist.

413) Hierher gehört der oben Note 401 gedachte, vollkommen richtige Satz der Motive, daß das Bewußtsein der Ueberschuldung mit vollkommen redlicher Absicht verträglich sei. Diesen Satz versteht Korn S. 64 flg. dahin, die Arglist des Schuldners sei mit vollkommen redlicher Absicht verträglich; er glaubt, „in dieser Allgemeinheit sei dem nicht beizustimmen"! — Richtig Hartmann S. 39.

414) Es ist jedoch die Meinung, daß auch nach K. O. § 24 no. 1 persönliche Richtung des Benachtheiligungswillens erfordert werde, nicht unvertreten, wenn sie auch von Niemandem irgendwie begründet worden ist. Vergl. oben § 16 Note 372.

muß, daß sie, wenn eine Anfechtung dadurch begründet werden soll, rechtswidrig ist.

Das Erstere scheinen die Motive, wenn sie das meinen, was sie sagen, zu verneinen. Sie erklären, es würde zu weit gehen, wenn man in Betreff der „beiderseits betrüglichen Rechtsgeschäfte" fordern wollte, daß sie den Gläubigern zum Nachtheil gereicht haben müßten[415]; es genüge, wenn schließlich die Gläubiger in Folge anderer Handlungen des Schuldners oder auch blos einer Entwerthung seiner Aktiven nicht befriedigt würden[416]. Indeß die Motive sind auch hier unklar und schon deshalb unbrauchbar. Unmittelbar vor dem letztgedachten dieser beiden Aussprüche erklären sie sich dagegen, daß für die Anfechtbarkeit doloser Handlungen vorhandene und vermehrte Ueberschuldung zur Zeit der Vornahme dieser Handlungen erfordert werde; und unmittelbar nach demselben fragen sie — wie um seine Richtigkeit zu bekräftigen —, welchen praktischen Werth auch ein Anfechtungsrecht habe, welches den Nachweis des Vermögensstandes zur Zeit der Ueberschuldung voraussetze? Offenbar liegt hier eine Verwechslung von zwei grundverschiedenen Dingen, der Gleichzeitigkeit und der Ursächlichkeit vor[417]. Gewiß braucht der Schuldner *zur Zeit* der Vornahme der dolosen Veräußerung nicht überschuldet zu sein; gewiß bedarf es für die Anfechtung keines Nachweises über den Stand seiner Vermögensverhältnisse *zur Zeit* der Vornahme der anfechtbaren Handlung; gewiß ist es auch unnöthig, daß unmittelbar nach oder mit dieser Handlung die durch sie verursachte hoffnungslose Ueberschuldung eintritt: Was hat denn aber das Alles mit der Frage zu thun, ob diese Handlung oder genauer der sie leitende Wille die Ursache des Schadens der Gläubiger geworden ist? Sehen wir in's Strafrecht: Ist der kein Mörder, welcher einem Anderen ein schleichendes Gift beibringt? Oder wer sein Opfer durch Explosivstoffe vernichtet, die er mittelst eines Uhrwerkes entzündet?

---

415) Motive I, S. 147; II, S. 114.

416) Motive I, S. 140; II, S. 108. — Eines besonderen *Beweises* bedarf der Kausalzusammenhang in der Regel nicht; wenn der Erfolg der Absicht entspricht, so kann bis zur Widerlegung angenommen werden, daß er auf ihr beruht.

417) Vergl. oben § 5 bei Note 81. — Dieselbe Verwechslung begeht neuerdings wieder *Korn* S. 135 flg.

Sehen wir von den Motiven ab, so ist die Nothwendigkeit des subjektiven Kausalzusammenhangs so selbstverständlich, daß man nicht ohne Widerstreben daran gehen kann, sie zu beweisen.

Wir fragen vorerst: Wenn die Erheblichkeit der Benachtheiligungsabsicht nicht darauf beruhen soll, daß sie den Schaden auch wirklich verursacht hat, worin besteht sie denn? Kommt es etwa nur darauf an, gewisse Geschäfte als solche, durch deren Umstoßung den Gläubigern geholfen werden soll, durch ein äußerliches Merkmal gleichsam auszuloosen? Wie kommt der Anfechtungsgegner dazu, den Gläubigern einen Schaden zu ersetzen, welcher mit der Absicht, deren Kenntniß ihn verantwortlich macht, gar nicht zusammen hängt?

Das Bedenken, welches solche Fragen erregen, der Widerstand des Rechtsgefühls, namentlich des juristisch geschulten Rechtsgefühls, gegen die anscheinende Meinung der Motive, welchen sie hervorrufen, hat einen guten juristischen Grund, einen Grund, der im Wesen des Rechts selbst wurzelt.

Das Recht bezieht sich immer nur auf das Zusammenleben der Menschen, auf ihre äußeren Beziehungen zu einander. Leere Wünsche, unverwirklichte Bestrebungen liegen außerhalb seines Bereichs. Ganz besonders gilt dies vom Privatrecht. Das Strafrecht beschäftigt sich wenigstens mit Willensregungen, deren Verwirklichung versucht worden ist, d. h. begonnen hat; das Privatrecht dagegen berücksichtigt nur vollendete Handlungen. Wenn insbesondere etwas eine Schadenersatzverbindlichkeit begründen soll, so muß es Schaden angerichtet haben.

Dies ist von Einfluß auf den privatrechtlichen Wortsinn des Ausdrucks „Absicht". Wenn von Absicht gesprochen wird, wo es sich um Rechtsfragen handelt, so kann immer nur eine rechtlich erhebliche, also eine — ganz oder theilweise — verwirklichte Absicht gemeint sein. Ist insbesondere die Entstehung von Privatrechten in Frage und wird sie davon abhängig gemacht, daß eine Handlung in bestimmter Absicht vorgenommen sei, so kann das nur bedeuten, daß diese Absicht durch jene Handlung verwirklicht worden sein müsse.

So dachten schon die Römer. Das edictum Paulianum hob ebenso wenig wie der § 24 no. 1 der K. O., ausdrücklich hervor, daß die Benachtheiligungsabsicht erreicht worden sein müsse.

Die l. 1 p. D. h t. sprach einfach von Dingen,

quae fraudationis causa gesta erunt,

und die l. 10 p. D. h. t. erklärte für anfechtbar,

quae L. Titius fraudandi causa .. fecit.

Dazu bemerkt Ulpian unbedenklich in l. 10 § 1 D. h. t.:

Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit[418]).

Wir wenden uns zur letzten Frage in der Lehre vom Benachtheiligungswillen: Nach welcher rechtlichen Vorschrift beurtheilt es sich, ob der Schuldner rechtswidrig gehandelt hat? Oder, um sofort die praktische Anwendung[419]) zu machen: Sind nach § 24 no. 1 der K. O. Zahlungen anfechtbar?

Sowohl die Motive als auch der Wortlaut des Paragraphen scheinen auf eine Abänderung des gemeinen Rechts, also auf eine Bejahung dieser Frage hinzudrängen. Die Bejahung möchte als entschieden zu gelten haben, wenn der Wortlaut des Gesetzes in dem hier in Betracht kommenden Punkte eine Folge der Auffassung der Motive wäre, also die Verwirklichung dieser Auffassung enthielte. Das ist aber nicht der Fall; und dadurch wird die Frage äußerst schwierig.

Erwägen wir zunächst den Wortlaut des Gesetzes. Im gemeinrechtlichen Theil ist gezeigt worden, daß es nur ein Mittel giebt, die Unanfechtbarkeit der Zahlungen zu erklären; nämlich dies, daß man annimmt, die actio Pauliana habe nicht ein neues Verbot für den Schuldner enthalten, sondern nur seine alten Pflichten gegen seine Gläubiger ihm von Neuem eingeschärft und an Verletzung derselben unter gewissen Voraussetzungen die Entstehung von Verbindlichkeiten dritter Personen angeknüpft. Die Richtigkeit dieser Ansicht fanden wir durch den Wortlaut des Edikts bestätigt. Denn indem hier als das wichtigste Erforderniß der Anfechtbarkeit die fraus des Schuldners aufgeführt war, wurde doch nicht erklärt, was fraus sei, sondern es wurde dies als bekannt vorausgesetzt. Fraus ist aber offenbar ein an sich, d. h. auch ohne das Edikt, rechtswidriger Wille, einen Andern zu schädigen.

Ebenso wie das römische Recht verhält sich das preußische. Sowohl in § 103 no. 1 der preußischen Konkursordnung, als auch in § 7

418) Hieraus folgt natürlich auch, daß überhaupt ein Schaden vorliegen muß; vergl. oben § 16 bei und in Note 337.

419) Vergl. oben § 7 bei Note 169—171.

no. 1 des mehrerwähnten Gesetzes vom 9. Mai 1855 — welche Gesetzesstellen dem edictum Paulianum einerseits und dem § 24 no. 1 der K. O. andererseits entsprechen — wird verlangt „die Absicht, die Gläubiger zu bevortheilen". Das Sprachgefühl ergiebt, daß hier eine Absicht erfordert wird, die auf einen an sich — also auch ohne die preußische Konkursordnung und das Gesetz vom 9. Mai 1855 — widerrechtlichen Vortheil geht.

Mit dem § 24 no. 1 der deutschen K. O. scheint es dagegen anders zu stehen. Hier wird die Absicht verlangt, „die Gläubiger zu benachtheiligen". Der Ausdruck „benachtheiligen" ist ein durchaus farbloser; er enthält keinen Hinweis darauf, daß der Nachtheil ein an sich rechtswidriger sein müsse. Vielmehr scheint der § 24 no. 1 jede derartige Absicht seinerseits für rechtswidrig erklären zu wollen. Wenn sich dies wirklich so verhielte, so würden Zahlungen auf fällige Schulden nunmehr anfechtbar sein. Denn der § 24 no. 1 ist Ausnahmerecht; es müßten daher ihm gegenüber das regelmäßige Recht der Gläubiger auf Zahlung, die regelmäßige Pflicht des Schuldners zur Zahlungsleistung Abbruch erleiden: Lex specialis derogat generali.

Ist das nun wirklich der Wille des Gesetzes? Das bisher Gesagte reicht zur Entscheidung dieser Frage nicht aus. Es giebt sehr viele Gesetze, welche bestimmen wollen, daß die Folgen, welche von ihnen an eine Handlung geknüpft werden, nur dann einzutreten haben, wenn jene Handlung rechtswidrig ist, ohne daß sie dies doch besonders sagen [420]). Es könnte also auch die Konkursordnung, wenn sie ganz allgemein von der Absicht zu benachtheiligen spricht, doch eine rechtswidrige Absicht dieses Inhalts erfordern und dabei die Frage, ob Rechtswidrigkeit vorliege, aus anderweiten Rechtssätzen entschieden wissen, nicht aber selbst entscheiden wollen.

Um beurtheilen zu können, ob es sich so oder anders verhält, wäre es von Wichtigkeit, zu wissen, ob die Ersetzung des in der preußischen Gesetzgebung üblichen Ausdrucks „bevortheilen" durch „benachtheiligen" aus dem Bestreben nach einer Aenderung des geltenden Rechts hervorgegangen ist. Auskunft hierüber sucht man natürlich in den Motiven; hier ist aber keine zu finden.

---

420) Vergl. Binding, Normen, Bd. I § 8 S. 51 flg.; B. G. B. § 1509 vergl. mit § 1512, Satz 2.

Die Motive erklären allerdings Zahlungen für anfechtbar; aber aus einem ganz anderen Grunde. Die hier in Betracht kommenden Stellen sagen:

a) Der Schuldner, welcher einem Gläubiger nur dasjenige leistet, wozu er dem Gegenstand und der Zeit nach verpflichtet ist, begeht eine Rechtsverletzung gegen die übrigen Gläubiger *nicht schon darum*, weil er die Leistung *mit Rücksicht auf seine schlechte Vermögenslage und zur Begünstigung* des Empfängers vornimmt[421]).

b) Bei geschuldeten Leistungen wird allerdings *der Regel nach* der Satz gelten: Nullam videri fraudem facere, qui suum recipit; sie können aber *von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulosen Uebereinkunft* begleitet und deshalb anfechtbar sein[422]).

Mit der Auffassung, die sich aus dem Zusammenhalten dieser beiden Aussprüche ergiebt, sind wir bereits fertig. Denn sie beruht augenscheinlich auf der schon oben[423]) bekämpften Ansicht der Motive, daß es nicht auf den Willen des Schuldners, sondern auf dessen Zweck ankommt. Die Motive sagen: Wenn der Schuldner seine Gläubiger schädigen will, um eine Zahlung zu leisten, so ist das unanfechtbar; leistet er aber die Zahlung, um die Gläubiger zu schädigen, so unterliegt sein Verfahren der Anfechtung. Dieser Standpunkt ist nicht haltbar.

Nun könnte man freilich einwenden: Wenn schon die Motive die Zahlungen aus einem falschen Grunde für anfechtbar halten, so geht doch aus ihnen hervor, daß der Gesetzgeber die Anfechtbarkeit der Zahlungen wollte; das Gesetz selbst aber zeigt eine Ausdrucksweise, welche mit einem solchen Willen mindestens verträglich ist; also müssen auch Zahlungen für anfechtbar gelten.

Wir halten diesen Einwand nicht für durchschlagend, so scheinbar er auch sein mag. Wir wollen uns die Gunst unserer Leser, sofern es uns gelungen sein sollte, sie zu erwerben, nicht dadurch verscherzen,

---

421) Motive I, S. 152; II, S. 119.

422) Motive I, S. 174; II, S. 131.

423) Vergl. bei Note 401 flg. Jäckel S. 56 versteht die unter b) im Text gedachte Aeußerung der Motive von Verletzung des „Konkursanspruchs"; er übersieht, daß sie sich auf K. O. § 24 no. 1 bezieht.

daß wir auf die unerquickliche Controverse über die Bedeutung von Motiven, Commissionsprotokollen und dergl. für die Auslegung überhaupt eingehen; wir wollen auch nur im Vorübergehen erwähnen, daß der preußische Justizminister Leonhardt in offener Reichstagssitzung erklärt hat, daß der Bundesrath eine Verantwortung für die Motive nicht übernehme [424]), und nur ganz leise fragen, ob wohl die nichtjuristischen Mitglieder des Reichstags die Motive gelesen und verstanden haben mögen? Ob vielleicht die juristischen ihre Lectüre nicht häufig mit der resignirten Betrachtung geschlossen haben sollten, daß man über die Fülle der dort behandelten Fragen nicht so schnell urtheilen könne und sich darüber damit trösten dürfe, daß für die Belebung jedes neuen Gesetzes schließlich doch die wissenschaftliche Durcharbeitung desselben und die Praxis das Beste thun müsse? Alles dies, wie gesagt, wollen wir auf sich beruhen lassen. Nur zweierlei möchten wir betreffs der Motive hervorheben.

Einmal, wenn man mit uns darüber einig ist, daß der Grund der Motive für die Anfechtbarkeit der Zahlungen falsch ist, so wird man sich darein finden müssen, daß der Wille der Motive ohnehin nicht verwirklicht werden kann. Wenn nämlich Zahlungen einmal anfechtbar sein sollen, so müssen alle diejenigen der Anfechtung unterliegen, bei denen der Schuldner den Benachtheiligungswillen [425]) hatte. Das ist aber keineswegs die Absicht der Motive (vergl. die oben unter a) angeführte Stelle). Vielmehr sollen nach ihnen Zahlungen nur ganz ausnahmsweise und zwar dann anfechtbar sein, wenn sie „von einer ... fraudulosen Uebereinkunft begleitet sind", d. h., wie der Gegensatz mit der oben unter a) angezogenen Stelle lehrt, dann, wenn der Zweck der Handlungsweise des Schuldners der Schaden der Gläubiger war. Solche Fälle werden außerordentlich selten sein. Hält man also im Gegensatz zu den Motiven Zahlungen für unanfechtbar, so wird man doch nur in sehr wenigen praktischen Fällen zu Entscheidungen kommen, die mit der Tendenz der Motive in Widerspruch stehen; glaubt man dagegen den Motiven zu Liebe, daß Zahlungen anfechtbar seien, so wird man, da man kaum die andere Ansicht der Motive, daß es auf den Zweck des Schuldners, nicht auf dessen Willen ankomme, wird theilen

424) Vergl. v. Sarwey, Einleitung S. XXXVII.
425) Vergl. oben bei Note 401—418.

mögen, in fast allen Fällen praktisch anders zu urtheilen haben, als in den Motiven vorausgesetzt wird[426]).

Das Zweite, was wir über die Motive noch sagen wollen, ist Folgendes. Es kommt diesen offenbar gar nicht darauf an, daß Zahlungen an sich anfechtbar sein sollen; sie sind nur der Meinung, daß sie an sich anfechtbar sind. Denn sie setzen voraus, daß in den meisten Fällen, „in der Regel", die Anfechtung wirkungslos bleiben werde[427]). Sie mißbilligen es zwar augenscheinlich, daß die preußische Praxis der Ansicht gewesen ist, Zahlungen seien schlechterdings unanfechtbar; aber sie mißbilligen es nicht vom Standpunkt des Gesetzgebers, dem es auf die Gestaltung des Lebens ankommt — in dieser Hinsicht sind sie vielmehr für die meisten Fälle mit der preußischen Praxis einig —, sondern sie mißbilligen es vom Standpunkt des juristischen Theoretikers, der für die *grundsätzliche* Unanfechtbarkeit der Zahlungen keinen stichhaltigen Beweis zu finden vermag.

Nimmt man hierzu die ganz eigenthümliche Fassung desjenigen Ausspruchs der Motive, der allein für Anfechtbarkeit der Zahlungen auf Grund von K. O. § 24 no. 1 verwerthet werden kann:

> Zahlungen könnten von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulösen Uebereinkunft *begleitet* und deshalb anfechtbar sein —

---

426) Nach der oben unter a) mitgetheilten Bemerkung fahren die Motive fort: Der Gläubiger mache sich durch Zahlungsannahme einer Rechtsverletzung oder der Theilnahme an einer solchen nicht schuldig, auch wenn er wisse, daß in Folge seiner Befriedigung die übrigen Gläubiger eine Einbuße erleiden müßten. „Man kann ihm nicht zumuthen, auf die Ausübung seines wohlbegründeten Rechts zu verzichten und großmüthig sich einem Verlust zu unterwerfen, damit nicht andere einen größeren Verlust erleiden möchten. Sibi vigilavit. Den wachsamen Gläubigern darf der Lohn ihrer Sorgfalt nicht entrissen werden". Dazu in einer Note: „Insoweit herrscht allseitige Uebereinstimmung"; und dann im Text weiter: „Anders verhält es sich, wenn schon bei der Leistung und deren Annahme der Anspruch der übrigen Gläubiger auf gleichmäßige und gemeinschaftliche Vertheilung des ganzen Vermögens bestand" (d. i. nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage, K. O. § 23 no. 1). — Dazu ist übrigens noch zu bemerken, daß, wenn der Anspruch der Gläubiger auf *gleichmäßige* Befriedigung erst mit der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage entsteht, er *vorher* auch nicht verletzt werden kann, weder dadurch, daß man ihn verletzen will, noch dadurch, daß man ihn zu verletzen bezweckt.

427) Vergl. die oben unter b) angeführte Aeußerung.

eine Ausdrucksweise, die ganz eigene Gedanken rege macht[428]), so scheint uns für eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes kein genügender Anlaß vorzuliegen. Ein klar erkennbarer, „motivirter" gesetzgeberischer Wille, der dahin ginge, läßt sich nicht feststellen.

Ja, weit mehr! Aus dem Gesetze selbst ist ein erheblicher Gegenbeweis gegen eine auf K. O. § 24 no. 1 zu stützende Anfechtbarkeit der Zahlungen zu gewinnen. Dieselben sind nämlich unzweifelhaft auf Grund von K. O. § 23 no. 1 anfechtbar; davon wird aber im Interesse des Wechselverkehrs eine Ausnahme in § 27 ibid. gemacht[429]). Augenscheinlich würde, wenn vermöge des § 24 Zahlungen angegriffen werden könnten, der Wechselverkehr einer derartigen Ausnahme auch hier bedürfen und zwar ganz in demselben Maße, wie dort. Weshalb nun wird sie gleichwohl nur dort gewährt? Offenbar, weil kein Mensch daran gedacht hat, daß jemals der § 24 zur Anfechtung von Zahlungen mit Erfolg verwerthet werden könnte.

Zudem möchte es kaum gerathen sein, eine Aenderung in dieser wichtigen Lehre ohne zuverlässige Gründe anzunehmen. Denn die Anfechtbarkeit der Zahlungen ist praktisch gefährlich; und sie führt über das Bedürfniß, welchem das Anfechtungsrecht seine Entstehung verdankt, hinaus.

Diese beiden Punkte sollen im Folgenden noch erörtert werden.

Wir sagten an erster Stelle, daß die Anfechtbarkeit der Zahlungen praktisch bedenklich wäre. Wir haben hierbei zweierlei im Auge.

Erstens kann in der Regel nur bei solchen Zahlungen Anfechtung in Frage sein, welche der Schuldner gemacht hat, als er schon in mißlichen Verhältnissen war. Wenn er unter solchen Umständen geneigt ist, baares Geld, was er noch etwa besitzt, zur Befriedigung dieses oder jenes Gläubigers zu verwenden, so soll man ihn doch ja gewähren lassen. Denn sonst wird er es in neun Fällen von zehn aufzehren.

---

428) Sollte man nicht glauben, die „begleitenden" Uebereinkommen würden ihrerseits anfechtbar sein? Sind etwa gar nur solche Verträge gemeint, welche z. B. auf Verfrühung des Zahlungstags gehen, oder Anerkenntnißverträge bezüglich ungültiger Forderungen und dergl.? Das wäre sehr zu beklagen. Denn jener Ausspruch der Motive hat die Wirkung gehabt, daß die herrschende Meinung Zahlungen auf fällige Schulden für anfechtbar ansieht; vergl. unten bei Note 437 bis 446.

429) Vergl. unten § 24 bei Note 502—503.

und dann hat nicht nur der Gläubiger nichts davon, den er zu befriedigen gedachte, sondern es werden auch die übrigen geschädigt, indem jener nunmehr sich mit an die Masse hält[430]).

Zweitens, wenn man dem Schuldner die Pflicht auferlegen will, schon vor der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Konkurseröffnung auf gleichmäßige Befriedigung seiner Gläubiger bedacht zu sein, so muß man ihm natürlich auch das Recht dazu geben. Man muß ihm also, sobald er in aussichtslose Ueberschuldung kommt, gegen Klagen einzelner Gläubiger eine Einrede zugestehen. Was das für Folgen haben würde, welcher Schlupfwinkel damit namentlich für böswillige Schuldner geöffnet wäre, braucht nicht weiter ausgemalt zu werden. Nur einen Punkt wollen wir hervorheben: Wie soll es werden, wenn Jemand so wenig hat, daß eine Konkurseröffnung nicht lohnen würde (K. O. § 99)?

Unser zweites praktisches Bedenken gegen die Anfechtbarkeit der Zahlung war dies, daß sie unnöthig ist, über das Bedürfniß, welchem das Anfechtungsrecht seine Entstehung verdankt, hinausführt. Damit meinen wir Folgendes. Wir haben schon in der Einleitung darauf hingewiesen, daß die praktische Nothwendigkeit der Anfechtung zuletzt im Gegensatz zwischen dinglichen und persönlichen Rechten ihre Wurzel hat: Es macht sich unter Umständen nöthig, den Anspruch der Gläubiger gegen den Schuldner, daß dieser seine Mittel zu ihrer Befriedigung verwende, auch von dritten Personen geachtet zu sehen; und weil dieselben, eben zu Folge jenes Gegensatzes, zu solcher Achtung an sich nicht verpflichtet sind, so muß diese Pflicht ihnen besonders auferlegt werden. Dagegen besteht ein beachtliches Bedürfniß dafür, die Pflichten des Schuldners selbst zu vermehren, ihm auch die Fürsorge für *gleichmäßige* Befriedigung seiner Gläubiger aufzuerlegen und dadurch schließlich die par conditio creditorum, die nach gemeinem Recht erst mit der Konkurseröffnung, nach der Konkursordnung aber wenigstens erst mit der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens eintritt, als etwas Selbstverständliches und von vorn herein Geltendes hinzustellen, durchaus nicht. Dies beweist die Praxis

430) Dernburg S. 316 Abs. 2 bemerkt sogar zu K. O. § 23 no. 1, die Annahme der Zahlung nach dem Konkursantrag sei nicht dolos, vielmehr wäre die Zurückweisung eine Thorheit.

des gemeinen Rechts, das sächsische bürgerliche Gesetzbuch und die Praxis des preußischen Rechts. Die Motive[431]) wollen zwar — nicht mit Bezug auf K. O. § 24 no. 1, sondern zur Rechtfertigung der Bestimmungen in § 23 no. 1 daselbst — in dem langen Bestehen der Gratifikationstheorie einen Beweis dafür finden, daß die Anfechtbarkeit der Zahlungen ein praktisches Bedürfniß sei; und man wird zugeben, daß der Gedanke des § 23 no. 1 cit. ein praktisch werthvoller ist. Allein einmal beruht sein Werth nicht darauf, daß er die Anfechtung der Zahlungen ermöglicht, sondern diese ist nur seine selbstverständliche Folge[432]); sodann aber würden wir uns auf die Gratifikationstheorie am allerwenigsten berufen. Wenn sie zwei Jahrhunderte geherrscht hat, so hatte vorher das reine römische Recht fast eben so viele Jahrtausende gegolten; und nach dem freilich sehr drastischen Angriff Francke's ist die Gratifikationstheorie von der Praxis verhältnißmäßig schnell wieder aufgegeben worden[433]). Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch ferner, dem es frei gestanden hätte, die Zahlungen für anfechtbar zu erklären, ohne sich um die römische Doctrin zu kümmern, welches auch sehr häufig seine Stellung zu gemeinrechtlichen Kontroversen auf Grund praktischer Erwägungen genommen hat, hat kein Bedenken getragen, ausdrücklich die Unanfechtbarkeit der Zahlungen anzuordnen[434]).

Die preußische Praxis endlich hat nicht nur Zahlungen, sondern auch die Hingabe an Zahlungsstatt der Anfechtung entzogen[435]).

Es ist somit eine durch nichts bewiesene Behauptung, daß die Gratifikationstheorie weiter nichts als die theoretisch verunglückte Befriedigung eines gesunden praktischen Bedürfnisses gewesen sei[436]).

---

431) Motive II, S. 101.

432) Vergl. unten § 26 bei Note 559.

433) Windscheid § 463 Note 31 a. E.

434) B. G. B. § 1512, Satz 2. Daraufhin ist auch die sächsische Praxis noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzbuchs von der Gratifikationstheorie abgegangen; vergl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1866, S. 431 flg., S. 435 flg.

435) Striethorst XXVIII no. 42 S. 191; XXXIV no. 53 S. 237; XLIX no. 37 S. 161; LXVI no. 16 S. 93. — Abweichend LXXIV no. 21 S. 110. (Dieses Erkenntniß ist wahrscheinlich die Grundlage der oben im Text unter b) angeführten Aeußerung der Motive; es legt Gewicht auf den Zweck des Schuldners.)

436) Insbesondere ist es irrig, wenn die Motive II, S. 101 annehmen, die

Die Gratifikationstheorie war eine gelehrte Grillenfängerei, wenn es je eine gegeben hat, wie sich namentlich in ihren Auswüchsen zeigt. Der Hegel'sche Satz: Alles, was ist, ist vernünftig, welcher vielleicht den Motiven bei ihrer wohlwollenden Beurtheilung der Gratifikationstheorie vorgeschwebt hat, ist leider nicht wahr; denn auch die Thorheit regiert lebendige Kräfte.

Wir haben unsere Auffassung betreffs der Zahlungen so eingehend begründen müssen, weil diejenige der herrschenden Meinung eine andere ist. Man hält fast allgemein[437] dafür, daß Zahlungen seit der Konkursordnung anfechtbar seien; freilich aus sehr verschiedenen Gründen. v. Wilmowski giebt[438] die Ansicht der Motive wieder, deren Unklarheit über den Begriff „Absicht" er theilt[439]; Wengler[440] stimmt der Ansicht der Motive über die Anfechtbarkeit der Zahlungen bei, ohne sich über den Begriff der Benachtheiligungsabsicht auszusprechen; Otto, von dessen Schrift die Ausführung über die Benachtheiligungsabsicht vielleicht der gelungenste Theil ist, und welcher insbesondere auch betreffs der Konkursordnung hierin die richtige Meinung hat[441], schließt sich dennoch hinsichtlich der Zahlungen

Gratifikationstheorie habe den Zweck verfolgt, dem — objektiven — Zustande der Insolvenz eine größere Bedeutung zu geben, im Gegensatz zur gewöhnlichen Lehre, welche Benachtheiligungsabsicht auf Seiten des Schuldners gefordert habe. In Wahrheit wurde diese von der Gratifikationstheorie ebenfalls verlangt; das Wesen der letzteren ruhte darin, daß sie auf Seiten des Anfechtungsgegners keine scientia fraudis forderte. Sie sah nämlich Zahlungen eines Ueberschuldeten unter Umständen als unentgeltliche Verfügungen an, insofern der Befriedigte mehr bekomme, als seine Forderung ökonomisch werth sei. Vergl. oben § 7 bei Note 149, § 8 bei Note 224. Uebrigens führte die Gratifikationstheorie in praxi keineswegs zu einer Verschärfung des Anfechtungsrechts. Die „Gratifikationsabsicht" war nämlich durchaus nicht leicht zu beweisen, und ein Gläubiger, der sich auf das „Vigiliren" verstand, konnte der a. P. getrost ein Schnippchen schlagen, da die Theorie auch auf datio in solutum und Pfandbestellung angewendet wurde. Vergl. Gottschalck, Selecta disc. forens. capita, I, cap. XXXVI, insbes. S. 333; Zeitschr. f. RPflege und Verw. N. F. XVIII, S. 511.

437) Indeß stimmen Korn S. 112 und Krische S. 713 im Resultat mit uns überein. Vergl. oben § 7 Note 148a. Dagegen hat sich für die Anfechtbarkeit neuerdings wieder Hartmann S. 40 erklärt (der Motive wegen).

438) v. Wilmowski S. 115 no. 2.

439) v. Wilmowski S. 113 Abs. 1 a. E.

440) Wengler S. 217. Vergl. oben Note 404.

441) Wie u. a. auch seine Auslegung des § 23 no. 2 zeigt; vergl. S. 192 Abs. 2 und oben bei Note 401.

den Motiven an[442]; dasselbe gilt von Hullmann[443]; v. Sarwey ist für die Anfechtbarkeit der Zahlungen[444], weil der für die Unanfechtbarkeit von Bangerow[445] aufgestellte Grund nicht mehr bestehe, indem die Konkursordnung, abweichend vom gemeinen Recht (vergl. dagegen oben § 8 bei Note 198—207), auf Seiten des Anfechtungsgegners nicht dolus, sondern nur scientia fraudis fordere[446]!

Bezüglich der Anfechtbarkeit der Hingabe an Zahlungsstatt und anderer mit der Zahlung verwandter Geschäfte können wir auf den gemeinrechtlichen Theil[447] verweisen.

§ 19. Die Kenntniß des Benachtheiligungswillens.

Ueber die Kenntniß des Anfechtungsgegners von der schuldnerischen Absicht ist etwas Erhebliches nicht zu sagen. Im Allgemeinen gilt das gemeine Recht. Nur eine Abweichung giebt es; nämlich die, daß das Reichsrecht keine Fälle kennt, in denen bei der Anfechtung auf Grund absichtlich vom Schuldner herbeigeführten Schadens der Gläubiger vom Erforderniß dieser Kenntniß bei dem Anfechtungsgegner abgesehen wird.

Eine zweite Abweichung wird von Sarwey[448] behauptet. Sie soll darin bestehen, daß die Konkursordnung auf Seiten des Anfechtungsgegners nicht dolus, sondern eben nur jene Kenntniß verlangt. Wir glauben bewiesen zu haben[449], daß im gemeinen Recht es sich ebenso verhält.

§ 20. Rechtsvermuthungen.

Indem die Konkursordnung den gemeinrechtlichen Anfechtungsgesichtspunkt sich im Allgemeinen aneignet, schließt sie sich auch in der näheren Ausführung der betreffenden Rechtsgedanken fast durchgängig dem römischen Vorbilde an. Dies ist der Eindruck, den wir bisher

---

442) Otto S. 70.
443) Hullmann S. 146.
444) v. Sarwey S. 143 flg.
445) Ueber Bangerow's Meinung cf. oben § 7 bei Note 159—163.
446) Vergl. unten § 19.
447) Oben § 7 bei Note 171—183.
448) v. Sarwey S. 143 flg.
449) Vergl. oben § 8 bei Note 198—207.

gehabt haben; und auch im Folgenden haben wir keinen materiell-rechtlichen Satz anzuführen, welcher dieses Ergebniß beeinträchtigte. Gleichwohl hat die Anfechtung auf Grund des schuldnerischen Benachtheiligungswillens durch die Konkursordnung eine sehr wirksame Veränderung erfahren; nämlich durch prozessuale Vorschriften, durch die Aufstellung gesetzlicher Beweisregeln. Von diesen soll im Folgenden die Rede sein; und zwar zuerst von ihrem Inhalte, dann von ihrer Bedeutung.

I.

Sowohl die Benachtheiligungsabsicht des Schuldners als auch die Kenntniß des Anfechtungsgegners von derselben werden in zwei Fällen bis zum Gegenbeweise vermuthet: Im Fall des § 24 no. 2 und in demjenigen des § 23 no. 2 der K. O.

Nach § 24 no. 2 sind die Voraussetzungen für den — gleichzeitigen — Eintritt beider Rechtsvermuthungen folgende:

a) Der Schuldner und der Anfechtungsgegner müssen einen Vertrag geschlossen haben;

b) Dies muß geschehen sein innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung;

c) Der Anfechtungsgegner muß in einem gewissen Familienverhältniß zum Schuldner gestanden haben; der anfechtbare Vertrag muß nämlich vom Schuldner geschlossen worden sein

„mit seinem Ehegatten vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen";

d) Der Vertrag muß die Gläubiger schon durch seinen Abschluß benachtheiligt haben.

Ueber den ersten und über den vierten Punkt ist Einiges zu bemerken.

Wir hatten gesagt, es müsse die anfechtbare Handlung ein Vertrag sein; das Gesetz aber fordert einen entgeltlichen Vertrag.

Man ist indeß wohl darüber einig[450]), wie es denn auch auf der Hand liegt, daß bei unentgeltlichen Verträgen erst recht die gesetzlichen

450) Vergl. Dernburg S. 320 Note 3; v. Völderndorff I, S. 345.

Vermuthungen eintreten. Von entgeltlichen Verträgen ist, wie die Motive[451]) ausdrücklich sagen, im § 24 no. 1 die Rede im Gegensatz zu den unentgeltlichen Verfügungen des § 25. Man hat also gemeint, für die Anfechtbarkeit der letzteren sei im § 25 ausreichend gesorgt. Dabei ist übersehen worden, daß die Gläubiger wegen der Bestimmungen über den Umfang der Haftung des Anfechtungsbeklagten[452]) ein Interesse daran haben, auch bei einem unentgeltlichen Geschäft die Unredlichkeit ihres Gegners darzuthun.

Weiter ist darauf hinzuweisen, daß man auf Grund des Ausdrucks „Vertrag" gewöhnlich zweierlei behauptet; nämlich: Prozessuale Handlungen, Geständnisse u. s. f. fielen nicht unter die Vorschrift des Paragraphen[453]); und Geschäfte, welche die Tilgung eines Anspruchs bezweckten, wie Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt, unterständen ihm gleichfalls nicht[454]).

Das Erstere ist an sich richtig; nur muß man bedenken, daß es auch prozessuale Verträge giebt.

Das Letztere scheint uns nicht haltbar. Wir sind der Ansicht, daß Zahlungen auf Grund von K. O. § 24 überhaupt nicht angefochten werden können[455]); betreffs der Hingabe an Zahlungsstatt indeß, wofern sie die sonstigen Erfordernisse des § 24 no. 2 erfüllt, insbesondere also schon durch sich selbst die Gläubiger benachtheiligt[456]), sehen wir weder ein praktisches Bedürfniß, noch einen theoretischen Grund, ihr die Vertragsnatur abzusprechen. Kann sie etwa ohne Willenseinigung zu Stande kommen? Was ist aber eine solche Willenseinigung anders, als ein Vertrag[457])? Und wenn im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung der Schuldner seinem Bruder für eine Forderung von 200 Mark ein Pferd im Werthe von 600 M. giebt, warum sollen dann die nachtheiligen Präsumtionen nicht Platz greifen?

---

451) Motive II, S. 133 a. A.

452) K. O. § 30 Abs. 2.

453) v. Völderndorff I, S. 296.

454) Dernburg S. 320 Abs. 2; Strieth orst XXXIV no. 53 S. 237. XLIX no. 37 S. 161; LXVI no. 16 S. 93 (die Präjudicien beziehen sich theils auf § 5 no. 3 des Ges. vom 9. Mai 1855, theils auf § 102 no. 3 der preuß. K. O.).

455) Vergl. oben § 18 bei Note 419—446.

456) Vergl. unten bei Note 461.

457) Richtig Jäckel S. 77.

Was die vierte unter den oben genannten Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsvermuthungen angeht, so ist sie in Folge eines Beschlusses der Reichstagskommission[458]) in das Gesetz gekommen; und zwar war hierbei die Meinung die, daß die Annahme der Benachtheiligungsabsicht des Schuldners und der Mitwissenschaft des Anfechtungsgegners durch das Bestehen eines nahen Familienverhältnisses zwischen beiden nicht hinreichend gerechtfertigt werde, daß vielmehr das betreffende Geschäft schon an sich verdächtig sein müsse[459]). Man wollte, ähnlich wie bei der noch zu besprechenden Anfechtung auf Grund von § 23 no. 1, den Beklagten nicht verantwortlich machen für Folgen des Geschäfts, die nicht er, sondern nur der Schuldner vorauszusehen im Stande war; man wollte gleichzeitig das verwandtschaftliche Verhältniß allein nicht als einen genügenden Beweis dafür gelten lassen, daß der Schuldner seine Ansicht von der Sache dem Anfechtungsgegner mitgetheilt habe.

Dies ist von Wichtigkeit für die Auslegung der Worte: „durch den Abschluß" des Vertrags . . ., benachtheiligt werden. Dieselben sind nicht unzweideutig; es fragt sich, ob als Gegensatz gedacht ist: „Durch den Erfolg", oder allgemeiner: „Durch Mitwirkung anderer Umstände". Es wäre z. B. sprachlich zulässig, von jeder Hingabe an Zahlungsstatt, die ein Ueberschuldeter vornimmt, zu sagen: Dieser Vertrag benachtheiligt die Gläubiger schon durch seinen Abschluß; denn es wird, auch wenn der Werth des Hingegebenen dem Betrag der

458) Protokolle S. 22.

459) Vergl. die Aeußerung des Abg. Hullmann gegenüber dem Antrag Goldschmidt's zu § 24, Protok. S. 22. — Die praktischen Bedenken Jäckel's S. 81 flg. sind etwas übertrieben, allein keineswegs unbegründet. Wenn er aber vorschlägt, das Gesetz so auszulegen, daß das Verwandtschaftsverhältniß allein zunächst dem Beklagten den Beweis auferlege, daß er dem Kridar die vertragsmäßige Gegenleistung entrichtet habe, und erst dann vom Anfechtenden darzuthun sei, daß dieselbe nicht genüge und somit das Geschäft schon durch seinen Abschluß nachtheilig sei, so widerspricht diese Ansicht sowohl dem Wortlaut als auch der Entstehungsgeschichte des Gesetzes auf das Handgreiflichste. Das Verwandtschaftsverhältniß allein soll eben keine Präsumtion begründen. Der von Jäckel angezogene Satz, daß derjenige, welcher eine Leistung behauptet, sie beweisen müsse, ist richtig, aber unerheblich, da darauf, ob der Anfechtungsgegner den Schuldner wirklich bezahlt hat, nichts ankommt, wofern er nur nach dem Sinne des Geschäfts — dem Abschlusse — ihn wirklich bezahlen sollte; und wer ein Scheingeschäft behauptet, muß doch diese Behauptung wohl auch beweisen.

Schuld entspricht, doch das Verhältniß der Aktiven zu den Passiven im Moment der Hingabe verschlechtert[460]).

Indeß eine datio in solutum fällt nicht unter § 24 no. 2; „durch den Abschluß" heißt auch: „Ohne Hinzunahme des Umstandes, daß Ueberschuldung vorliegt". Denn es soll eben das „durch den Abschluß benachtheiligend" eine verdächtige Eigenschaft des Vertrags sein, welche die gesetzliche Annahme der fraus und der Mitwissenschaft davon begründen hilft. So steht es aber nicht, wenn eine Sache, deren Preis der Höhe der Schuld gleichkommt, an Zahlungsstatt gegeben wird; man müßte denn vermuthen wollen, daß der Anfechtungsgegner die Ueberschuldung gekannt habe; giebt aber dafür das Gesetz irgend welchen Anhalt?

Also nur dasjenige Geschäft ist im Sinne des § 24 no. 2 schon durch seinen Abschluß benachtheiligend, welches das Vermögen des Schuldners vermindert; nicht schon dasjenige, welches seine Aktiven schmälert[461]). Datio in solutum insbesondere fällt demnach nur dann unter § 24 no. 2 cit., wenn der Schuldner einen größeren Werth hingegeben hat, als der Anfechtungsgegner fordern konnte.

Wenden wir uns nunmehr zu dem zweiten der beiden Fälle, in welchen die gedachten Rechtsvermuthungen wirksam werden, zu demjenigen des § 23 no. 2 der K. O. Wir nehmen dabei vorläufig keine Rücksicht darauf, daß beim Vorhandensein der Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle nicht nur die jetzt besprochenen Präsumtionen, sondern auch noch andere eintreten.

Die Voraussetzungen des § 23 no. 2 sind:

a) Es muß eine Rechtshandlung erfolgt sein, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt hat, die dieser nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte;

b) Dies muß geschehen sein nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag oder in den letzten zehn Tagen vor einem dieser beiden Ereignisse.

Wir verschieben das, was wir über den Begriff: „Sicherung oder Befriedigung, die man nicht zu beanspruchen hat", sagen müssen, auf eine spätere Gelegenheit[462]). Hier wollen wir nur kurz wiederholen,

460) Oben § 4 bei Note 54 und 55.

461) Vergl. unten § 25.

462) Vergl. unten § 27 bei Note 566—594.

was wir schon bewiesen haben, daß der § 23 no. 2 in der That Rechtsvermuthungen für das Vorhandensein der Absicht des § 24 no. 1 und der Kenntniß davon aufstellt. Der § 23 no. 2 spricht von einer Absicht des Gemeinschuldners, den Anfechtungsgegner „vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen". Die Motive halten, wie wir bereits sahen, diese Absicht für etwas Anderes, als diejenige des § 24 no. 1. Wir haben unsere abweichende Meinung oben § 18 bei Note 401 flg. auszuführen versucht.

II.

Es bleibt uns noch die Bedeutung der besprochenen Präsumtionen zu erörtern. Unsere Ansicht über diesen Punkt geht zum Theil schon aus der Ausdrucksweise hervor, deren wir uns in diesem Paragraphen bisher bedient haben; doch wollen wir in drei Sätzen aussprechen, was wir denken:

1) Die Anfechtbarkeit auf Grund der §§ 24 no. 2 und 23 no. 2 der K. O. ist nichts materiell-rechtlich Selbstständiges;

2) Wer das Vorhandensein der Erfordernisse des § 23 no. 2 oder derjenigen des § 24 no. 2 bewiesen hat, der hat bis zum Gegenbeweise dargethan, daß die Anfechtbarkeit des § 24 no. 1 vorliege;

3) Es genügt zur Klagbegründung, das Bestehen der Voraussetzungen der §§ 23 no. 2 und 24 no. 2 zu behaupten; denn obwohl dieselben den eigentlichen Klaggrund nicht enthalten, so muß doch dieser im gedachten Falle als stillschweigend behauptet angesehen werden, da sich der Kläger an den Wortlaut des Gesetzes anschließt und die erheblichen Thatsachen offenbar in dem Sinne behaupten will, in dem sie vom Gesetz als erheblich angesehen werden.

Damit stimmt denn auch die herrschende Meinung überein, soweit sie bewußt ausgesprochen wird [463]; unbewußt aber geht man vielfach von einer anderen Vorstellung aus. Man stellt nämlich theoretische und praktische Behauptungen auf, die nur erklärlich sind, wenn ihnen die Auffassung zu Grunde liegt, es komme der Anfechtbarkeit, welche auf den bezeichneten Gesetzesstellen beruht, eine gewisse materiell-rechtliche Selbstständigkeit zu.

---

463) Hullmann S. 138 Abs. 1; Otto S. 192 Abs. 2; v. Völderndorff I, S. 294 flg.

Dahin gehört einmal die in der Praxis des preußischen Rechts mehrfach vertretene[464], aber auch schon dort nicht unwidersprochen gebliebene[465] Behauptung, daß ein Anfechtungsgegner, der in Folge von Präsumtionen verurtheilt werde, nicht als malae fidei Erwerber hafte. Dahin gehört weiter die Ansicht Mandry's[466], §§ 24 no. 2 und 23 no. 2 citt. bezögen sich auf obligationes quasi ex delicto; denn derartige Obligationen sind gewiß etwas materiell Selbstständiges. Endlich ist hierher auch eine verbreitete Ansicht über die Auslegung von K. O. § 26 zu zählen.

Auf diese muß näher eingegangen werden. Der § 26 cit. lautet:

> Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.

Dazu bemerken die Motive[467]: Es könne zwar an sich der Konkursanspruch — d. i. die Grundlage des durch K. O. § 23 no. 1 gewährten Anfechtungsanspruchs[468] — auch schon früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung entstehen; es würde aber eine Unsicherheit und Lähmung des Verkehrs bewirkt werden, wäre es zulässig, unbeschränkt in die fernste Vergangenheit zurückzugreifen.

Nun wird von vielen Seiten[469] behauptet, aus dem von den Motiven angegebenen Grunde müsse man den § 26 analog auch auf

---

464) Betreffs des dem § 23 no. 2 cit. entsprechenden § 101 no. 2 der preuß. K. O.: R. O. H. G. II, no. 71 S. 301; hinsichtlich des dem § 24 no. 2 gleichenden § 102 no. 3 der preuß. K. O.: R. O. H. G. XXI, no. 139 S. 418 flg. — Ebenso für die K. O. Hartmann S. 56 und Dernburg S. 322 § 131 bei Note 2. Gegen diesen Jäckel S. 151.

465) R. O. H. G. X, no. 54 S. 248 flg.; XVII, no. 26 S. 105 flg. Striethorst LXXIV, no. 10 S. 38 flg.; LXXIX, no. 20 S. 129.

466) Mandry S. 377. Als Grund giebt er die Möglichkeit an, daß in Folge der Präsumtionen einmal Jemand verurtheilt werde, ohne daß er wirklich deliktisch gehandelt hätte. Kann aber der Richter nicht auch durch eine direkte Beweisführung irre geleitet werden? Ist das, was juristisch direkt bewiesen ist, etwa immer wahr?

467) Motive II, S. 139.

468) Nach Auffassung der Motive. Vergl. aber unten § 26 bei Note 552 flg. und § 32 bei Note 691 flg.

469) v. Völderndorff I, S. 318; Otto S. 197 Abs. 2; Hullmann S. 150 Abs. 4; anscheinend auch v. Wilmowski S. 118. — A. M. Krische S. 728.

denjenigen Fall des § 23 no. 2 anwenden, in welchem wegen des Zeitverhältnisses der angefochtenen Handlung zur Zahlungseinstellung gehaftet wird, sofern der Beklagte nicht den Mangel der Benachtheiligungsabsicht oder seiner Kenntniß von dieser nachweist. Dies hat augenscheinlich nur Sinn, wenn man den streitigen Anfechtbarkeitsfall als materiell-rechtlich selbstständig betrachtet. Denn sieht man mit uns in § 23 no. 2 und § 24 no. 2 nur Beweisregeln, so wäre unbegreiflich, weshalb die Kraft einer indirekten Beweisführung darunter leiden sollte, wenn seit dem Eintritt der Thatsachen, auf welche sie gestützt wird, mehr als sechs Monate verstrichen sind: Was man heute aus gewissen Prämissen folgern kann, das läßt sich nach zehn Jahren ebenfalls noch aus ihnen schließen. Bei unserer Auffassung fehlt es auch der analogen Ausdehnung des § 26 cit. an jeder Stütze. Denn offenbar ist es etwas ganz Anderes, denjenigen Anfechtungsanspruch, dessen Grundlage die Kenntniß der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags ist — mögen seine Voraussetzungen direkt bewiesen oder mögen sie präsumirt werden — nur dann zu beachten, wenn er innerhalb sechs Monaten vor der Konkurseröffnung entstanden ist, als dem auf Benachtheiligungsabsicht des Schuldners beruhenden Anfechtungsanspruch, welcher beachtet wird, er möge entstanden sein, wann er wolle, ein Privileg hinsichtlich des Beweises mit einer Zeitbeschränkung zu gewähren, von welcher kein Mensch zu sagen wüßte, welchen Sinn sie eigentlich hätte. Es wäre mehr als verwegen, daraus, daß ein Gesetz das Erstere anordnet, analogisch zu folgern, es habe auch das Zweite vorschreiben wollen.

Aber freilich, diejenigen, welche jene analoge Ausdehnung der Vorschrift des § 26 vorschlagen, gehen, wenn auch unbewußt, gar nicht von der Auffassung aus, als ob der § 23 no. 2 — soweit er hier in Frage ist — nur Präsumtionen für das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 24 no. 1 aufstelle; sie betrachten offenbar die Anfechtbarkeit des § 23 no. 2 als etwas materiell Selbstständiges, sehen als wesentliche materiell-rechtliche Voraussetzung derselben die Zahlungseinstellung an und behaupten dann, der eigentliche Gedanke des § 26 sei der, daß Zahlungseinstellung einen Grund zur Anfechtung[470]) nicht

470) Nach unserer Meinung bildet sie in dem jetzt fraglichen Theil des § 23 no. 2 keinen Grund zur Anfechtung, sondern einen Beweisgrund für das Vorhandensein des Anfechtungsgrundes des § 24 no. 1.

bilden solle, wenn sie länger als sechs Monate vor der Konkurseröffnung stattgefunden habe[471]).

Wie das näher gedacht werden — wie es mit den Worten und dem Sinne des § 23 no. 2 vereinigt werden soll, als materiell-rechtliche Grundlage aller in ihm behandelten Anfechtungsansprüche die Zahlungseinstellung anzusehen — das weiß ich nicht. Im Allgemeinen aber scheint gegen die Anschauung, als ob in dem jetzt behandelten Theile des § 23 no. 2 und in § 24 no. 2 mehr enthalten wäre, als Beweisregeln für auf Grund von § 24 no. 1 geführte Anfechtungsprozesse, zweierlei zu sprechen: Die Logik und die Motive.

Was die Logik angeht: Wenn die Voraussetzungen, an welche § 23 no. 2 — soweit er jetzt in Frage ist — und § 24 no. 2 ihre Satzungen anknüpfen, geeignet sind, selbstständig Ansprüche zu begründen, weshalb sind sie dazu unvermögend, sobald der Mangel der Erfordernisse des § 24 no. 1 nachgewiesen wird?

Die Motive ferner sprechen wiederholt die von uns vertretene Ansicht aus. Sie sagen zu § 23 no. 2[472]):

> Nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Konkurseröffnung ist jeder Akt der Befriedigung eines Konkursgläubigers eine Verletzung der par conditio (§ 23 no. 1); dieser Rechtsgrund macht sowohl die rechtlich erzwingbaren, wie die ohne rechtliche Nothwendigkeit erfolgten Befriedigungen anfechtbar; der Rechtsgrund bleibt derselbe, wenn auch die Anfechtung der letzteren Art erleichtert wird.

Weiter bemerken sie zu § 24 no. 2[473]):

> Der allgemeinen Regel des § 24 entsprechend, können entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners mit seinen nahen Verwandten ... nur dann für wirkungslos erklärt werden, wenn der Gemeinschuldner sie in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, abgeschlossen und der Ver-

---

471) So sagt v. Völderndorff I, S. 318 ausdrücklich.

472) Motive II, S. 124; übrigens nicht betreffs des hier in Frage befangenen Theils des § 23 no. 2. Ueber diesen haben sie zwar im Wesentlichen dieselbe Ansicht (cf. S. 125 ibid.), verdunkeln aber das ganze Verhältniß in Folge ihrer schiefen Auffassung von der „Absicht, einen Gläubiger vor den anderen zu begünstigen" (cf. oben § 18 bei Note 401 flg.).

473) Motive II, S. 132.

wandte von dieser Absicht bei Abschluß des Vertrags Kenntniß gehabt hatte.

Hierauf werden die Gründe angeführt, aus denen die Anfechtung der Verträge mit Verwandten (prozessualisch) erleichtert worden ist.

Endlich thun die Motive noch zu § 26 der K. O. eine Aeußerung, welche denn doch davon hätte abhalten sollen, die von uns bekämpfte analoge Anwendung dieses Paragraphen zu unternehmen. Die Motive sagen nämlich über die sechsmonatige Frist[474]:

> Falls weder ein betrügerischer noch ein unentgeltlicher Erwerb vorliegt — blos aus dem Grunde, daß schon zur Zeit desselben die Gläubiger ein Recht auf den Konkurs hatten, soll die Anfechtung nur zulässig sein, insofern der Konkurs binnen einer bestimmten Zeit darauf wirklich eröffnet worden ist.

Wenn aber wegen des Zeitverhältnisses einer Handlung zur Zahlungseinstellung gesetzlich vermuthet wird, daß sie eine betrügerische sei, so liegt doch eben bis zum Gegenbeweis ein „betrügerischer Erwerb" vor, so wird doch nicht „blos aus dem Grunde", weil zu der betreffenden Zeit die Gläubiger ein Recht auf den Konkurs hatten, angefochten!

6. Kapitel.

Die Anfechtbarkeit des § 23 no. 1 der K. O.

§ 21. Einleitung.

Im Bisherigen haben wir die Konkursordnung sich an das römische Recht anlehnen sehen; im Folgenden werden wir eine selbstständigere Haltung an ihr wahrnehmen. In den Vorschriften des § 23 no. 1 nämlich und denen, die mit diesen zusammen hängen, verfolgt sie zwar dieselben Ziele, beobachtet sie dieselben legislativen Rücksichten, wie das prätorische Edikt; sie bedient sich aber durchaus anderer juristischer Mittel.

Im Allgemeinen wird die Gestaltung des Anfechtungsrechts durch den Widerstreit von Interessen bestimmt, zu dessen Ausgleichung es berufen ist, durch den Gegensatz, in welchem der Vortheil der Gläubiger

474) Motive II, S. 139.

steht mit der allgemeinen Verkehrssicherheit, namentlich aber mit dem Vortheil des Schuldners und dessen, der von diesem erworben hat.

Wie soll im Einzelnen aber die Aufgabe gelöst werden? Den Bedürfnissen des Verkehrs kann man durch zeitliche und ähnliche äußerliche Beschränkungen der Anfechtung gerecht werden; die nöthige Schonung der Contrahenten des Schuldners läßt sich dadurch bewirken, daß man ihre Kenntniß von dem Umstande, welcher in der Person des Schuldners Vorbedingung der Anfechtbarkeit ist, als weiteres Erforderniß derselben hinstellt; was soll aber eben jener Umstand sein, der im einzelnen Falle die Rücksicht auf den Schuldner außer Augen zu setzen gestattet? Von der Antwort, welche auf diese Frage gegeben wird, muß offenbar die nähere Ausgestaltung des Anfechtungsrechts wesentlich abhängen.

Das Interesse des Schuldners, welches der Anfechtungsberechtigung der Gläubiger widerstrebt, ist nun sein Bedürfniß nach Freiheit des Handelns, nach der Möglichkeit, sich aus ungünstiger Lage wieder emporzuarbeiten.

Hierauf braucht, so meint das prätorische Edikt und die Konkursordnung in dem bisher besprochenen Theile, gegenüber solchen einzelnen Handlungen des Schuldners keine Rücksicht genommen zu werden, denen das Bestreben nach Wiederherstellung geordneter Verhältnisse nicht zu Grunde liegt, welche vielmehr von einem diesem Bestreben geradezu entgegengesetzten Willen, von dem Willen, die Gläubiger zu schädigen, getragen werden. Von diesem Standpunkt aus wird als wesentliche Grundlage der Anfechtbarkeit — abgesehen von dem selbstverständlichen Erforderniß der Schädigung der Gläubiger — ein auf den Nachtheil der Gläubiger gerichteter Wille hingestellt, dem sich als weitere Voraussetzungen ein von diesem Willen beherrschtes Verfahren und die Kenntniß dieses Willens auf Seiten des Anfechtungsgegners naturgemäß anschließen.

Es ist aber noch ein anderer Ausgangspunkt als derjenige des römischen Rechts denkbar. Man könnte auch der Ansicht sein, daß die oben erwähnte Rücksicht auf den Schuldner von dem Zeitpunkt an außer Augen gesetzt werden dürfe, wo seine Lage ohnehin hoffnungslos geworden ist, wo also die Freiheit des Handelns für ihn keinen Werth mehr hat. Von diesem Gesichtspunkt aus wäre das Nächstliegende, daß man bestimmte Ereignisse, die bei einem hoffnungslos

Verschuldeten regelmäßig eintreten, bezeichnete, und als die Kenntniß, welche den Anfechtungsgegner verantwortlich macht, die von jenen Ereignissen ansähe. Man wäre dann der Nothwendigkeit überhoben, ein Verhalten des Schuldners selbst als Voraussetzung der Anfechtbarkeit hinzustellen, könnte vielmehr jeden nach dem Eintritt jener Ereignisse auf Kosten des schuldnerischen Vermögens stattgefundenen Erwerb jedem gegenüber anfechten, der zur Zeit, wo er ihn machte, von jenen Ereignissen unterrichtet gewesen wäre. Daneben brauchte man nur das selbstverständliche Erforderniß einer Schädigung der Gläubiger zu beachten und etwa im Interesse des Verkehrs diese oder jene Schranke zu ziehen.

Dieses System könnte in einer Hinsicht noch vervollkommnet werden. Es ist klar, daß eine mit Bezug auf das schuldnerische Vermögen vorgenommene Handlung nicht schon deshalb den Gläubigern nachtheilig ist, weil sie in eine Zeit fällt, in welcher keine Aussicht auf Besserung der Verhältnisse des Schuldners mehr besteht. Es ist daher auch weiter klar, daß Jemand, der die hoffnungslose Lage des Schuldners kennt, dennoch mit ihm kontrahiren kann, ohne auch nur eine Ahnung zu haben, daß er sich den Gläubigern verantwortlich macht, nämlich eben dann, wenn das betreffende Geschäft den Vermögensstand des Schuldners in keiner Weise zu deren Ungunsten verändert. Andererseits ist freilich möglich, daß eine derartige Handlung, welche zur Zeit ihrer Vornahme durchaus unschädlich für die Gläubiger zu sein schien, später doch zu deren Nachtheil gereicht. Soll man aber den Kontrahenten des Schuldners für den Erfolg büßen lassen, den er nicht voraussehen konnte? Blos deshalb, weil er gewußt hat, daß er mit einem Menschen kontrahirte, der demnächst in Konkurs verfallen würde? Das scheint keinen rechten Sinn zu haben; und daher könnten zu den bisher aufgeführten Erfordernissen einer Anfechtbarkeit, die wesentlich auf der thatsächlichen Beschaffenheit der Vermögensverhältnisse des Schuldners zur Zeit des anzufechtenden Verfahrens beruhte, noch zwei treten: Das betreffende Geschäft müßte auch ein den Gläubigern an sich gefährliches und als solches dem Kontrahenten des Schuldners bekannt gewesen sein.

Diese Gestaltung des Anfechtungsrechts, die wir als eine neben der römischen denkbare bezeichnet haben, ist kein Hirngespinnst; sie ist enthalten in § 23 no. 1 der K. O. Nicht als ob die Verfasser dieses

Gesetzes sie von Grund aus neu erdacht hätten; sondern diese haben die Grundzüge derselben als Ergebniß einer Jahrhunderte alten Entwicklung überkommen und in der angedeuteten Weise vervollständigt.

Um diese Behauptung zu beweisen, um zu zeigen, daß wir in die Konkursordnung nicht Dinge legen, welche nicht darin sind, müssen wir noch auf die Geschichte der in § 23 no. 1 der K. O. ausgesprochenen Rechtsgedanken eingehen. Wir werden aber, obwohl wir hier auf einem dem römischen Recht fremden Boden stehen, nicht eines zweiten geschichtlichen Theils, der an Umfang unserer Darstellung des gemeinen Rechts gleichkäme, bedürfen; es genügen vielmehr wenige Worte. Denn wir verfolgen mit dem nachstehenden rechtsgeschichtlichen Abriß einen andern Zweck, als derjenige war, von welchem wir bei Erörterung des römischen Rechts geleitet wurden: Dort wollten wir, wenn auch nicht erfahren, wie das Recht der Konkursordnung sein müßte — denn man kann niemals sagen, daß etwas heute gelte, weil es gestern gegolten hat — so doch uns einen Einblick in die Möglichkeiten, in die Fülle der Fragen und der denkbaren Entscheidungen des Anfechtungsrechts verschaffen und dadurch uns zum Verständniß eines neuen Gesetzes vorbereiten, Vorstellungen darüber in uns aufnehmen, wie das neue Recht ungefähr sein könnte; jetzt dagegen kommt es uns blos auf Feststellung der allgemeinen Grundzüge einer bestimmten Gestaltung des Anfechtungsrechts, auf die Erkenntniß der in ihr wirksam gewordenen Bestrebungen an.

Der Gedanke, einen Anfechtungsanspruch auf die objektiven Verhältnisse des Schuldners zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung, nicht auf seine subjektive Willensrichtung zu gründen[475], scheint gegen Ende des Mittelalters in den oberitalischen Städten, denen wir auch noch in anderen Dingen den ersten Schritt zur Befriedigung von Bedürfnissen des modernen Verkehrs verdanken, entstanden zu sein[476]. Von dort ist er nach Frankreich vorgedrungen, wo er

475) Die nachstehenden thatsächlichen Angaben sind fast ausschließlich den Motiven II, S. 96—100, entnommen.

476) Motive II, S. 96 flg. — Zunächst scheint man den Eintritt hoffnungsloser Vermögensverhältnisse ohne weiteres auf eine bestimmte Zeit vor der Konkurseröffnung oder der Zahlungseinstellung oder der Flucht festgestellt zu haben (vergl. Fuchs S. 46 § 8 Note 9); später betrachtete man als maßgebend die Notorietät der Zahlungseinstellung (la faillite publiquement connue).

namentlich im code de commerce Ausdruck gefunden hat; und auch in England ist er zeitig zur Herrschaft gelangt. Dabei war die Gegenwirkung — sei es gegen das römische Recht oder gegen irrige Anwendung desselben und die gesetzliche Beweistheorie des mittelalterlichen Prozesses —, welcher er seine Entstehung verdankte, so stark, daß man, um allen Beweisschwierigkeiten zu entgehen, alle Handlungen des Schuldners, die nach dem Eintritt der objektiv hoffnungslosen Lage vorgenommen worden waren, einfach für nichtig erklärte, ohne jede Einschränkung. Das französische Recht drückte dies in der Weise aus, daß es dem Schuldner vom Tage »de la faillite« die Vermögensverwaltung entzog; das englische Recht gab der Konkurseröffnung rückwirkende Kraft bis zu dem ersten act of bankruptcy [477]).

Durch diese einseitige Fürsorge des Gesetzes für die Gläubiger wurde die Praxis veranlaßt, des Anfechtungsgegners sich durch künstliche Interpretationen anzunehmen; und schließlich schaffte auch die Gesetzgebung selbst Abhülfe. Dieselbe wurde in Frankreich grundsätzlich und mit einem Male, in England allmählich und anfänglich nur für einzelne Fälle in der Weise gewährt, daß man den gutgläubigen, also von der Lage des Schuldners nicht unterrichteten Kontrahenten des letzteren schützte; was sich freilich mit dem Grundsatz der Nichtigkeit der fraglichen Handlungen, der in beiden Rechten den der römischen Anfechtbarkeit vertritt, nicht recht verträgt.

In Deutschland lehnten sich an das ältere französische Recht des code de commerce die badische und württembergische, an das neuere — welches durch das Fallimentsgesetz von 1838 geschaffen worden war — die preußische und bayerische Gesetzgebung an. Dabei beseitigten jedoch die beiden letzteren die Unklarheit, welche in dem französischen Gedanken einer von einer Kenntniß des Gegners abhängigen Nichtigkeit der Verfügungen des Schuldners liegt, und kehrten zum gemeinrechtlichen Begriffe der Anfechtbarkeit zurück.

Alle diese Gesetzgebungen haben, wie gesagt, das Gemeinsame, daß sie eine Ungültigkeit von Handlungen des Schuldners auf dessen objektiv hoffnungslose Lage begründen; für diese Lage selbst aber werden in den verschiedenen Rechten verschiedene Kennzeichen aufgestellt.

---

477) Vergl. unten bei Note 478.

Das französische Recht fordert Zahlungseinstellung; das englische[478]) einen act of bankruptcy, d. h. daß der Schuldner sein Vermögen seinen Gläubigern übertragen oder einen fraudulosen Vertrag abgeschlossen oder seine Zahlungsunfähigkeit bei Gericht angezeigt oder unter gewissen, gesetzlich genau bestimmten Umständen Schulden von mindestens 50 £ nicht bezahlt hat, oder endlich flüchtig ist oder sich verborgen hält; in Württemberg verlangt man, daß der Schuldner der obrigkeitlichen Behörde seine Ueberschuldung angezeigt, oder[479]) der Gemeinderath oder die Unterpfandsbehörde wegen Besorgniß der Ueberschuldung bei der Gerichtsstelle auf Untersuchung des Vermögens des Schuldners angetragen, oder endlich die obrigkeitliche Behörde den Auftrag zur Vermögensuntersuchung ertheilt hat; in der preußischen Konkursordnung endlich wird vorausgesetzt,

daß bereits der Gemeinschuldner die Zahlungen eingestellt hatte, oder daß bereits der Gemeinschuldner die Unzulänglichkeit seines Vermögens bei dem Gericht angezeigt, oder ein Gläubiger desselben die Konkurseröffnung beantragt hatte[480]).

Dies war der Rechtszustand, den die Reichskonkursordnung vorfand. Sie wich im Wesentlichen nur in einem Punkte ab; und zwar, indem sie zu den bisherigen Erfordernissen der Anfechtung — Schaden der Gläubiger, thatsächlich aussichtslose Lage des Schuldners zur Zeit des anzufechtenden Geschäfts und Kenntniß derselben auf Seiten seines Kontrahenten — noch dies hinzufügte, daß die Konkursgläubiger „durch Eingehung" des betreffenden Geschäfts benachtheiligt worden sein müßten; wir werden unten zeigen, daß diese Benachtheiligung auch dem Anfechtungsgegner bekannt gewesen sein muß. Im Uebrigen fordert die Konkursordnung nicht, daß die anzufechtende Handlung gerade vom Schuldner selbst vorgenommen worden sei, und trifft einige Maßregeln zum Schutze des Verkehrs.

Hiermit möchte der allgemeine Gedankengang, welcher der An-

---

478) Vergl. Anlage II zu den Motiven II, S. 85.

479) In diesem und dem nächsten Falle wird außerdem Kenntniß des Schuldners von dem betreffenden Vorgange gefordert. Dem liegt anscheinend die Vorstellung zu Grunde, daß dann das consilium fraudandi bewiesen sei; also eine nicht sehr klar gedachte Vermischung des römischen und des modernen Standpunkts. Denn warum will man den Gegenbeweis dann nicht zulassen?

480) Preuß. K. O. § 100 Abs. 1.

fechtbarkeit des § 23 no. 1 zu Grunde liegt, ausreichend erörtert sein, so daß nunmehr die Vorbedingungen derselben im Einzelnen besprochen werden können. Dieselben sind:

1) Der Schaden der Gläubiger zur Zeit der Anfechtung;

2) Die objektiv hoffnungslose Lage des Schuldners zur Zeit des fraglichen Erwerbs;

3) Eine Rechtshandlung, vermöge deren schuldnerisches Vermögen an einen Dritten kommt;

4) Verminderung der Aktiven des Schuldners durch diese Rechtshandlung;

5) Kenntniß des Anfechtungsgegners von den unter 2 und 4 gedachten Umständen.

§ 22. Der Schaden der Gläubiger.

Im vorigen Abschnitt haben wir unsere Ausführungen darüber, daß Benachtheiligung der Gläubiger zu den Erfordernissen der Anfechtung gehöre, und worin sie bestehe, auf Gründe gestützt, welche für jeden der von der Konkursordnung gewährten Anfechtungsansprüche gelten. Wir brauchen also hier nur an unsere dortigen Darlegungen zu erinnern. Doch möchten wir zweierlei besonders betonen: Einestheils machen wir wiederholt darauf aufmerksam, daß die Zahlungsunfähigkeit, die Zahlungseinstellung, der Antrag auf Konkurseröffnung in diesem Zusammenhange keinen materiellen Werth haben, sondern nur prozessualisch, nämlich als Beweisgründe verwendbar sind; ihre civilrechtliche Bedeutung wird hoffentlich durch das im vorigen Paragraphen Enthaltene vorläufig genügend aufgeklärt sein. Zweitens möchten wir hervorheben, daß auch die Worte des § 23 no. 1:

„Durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden",

nicht hierher gehören; auch betreffs ihrer haben wir im vorigen Paragraphen einige Andeutungen gemacht. Später werden wir sowohl auf sie, als auch auf den vorher erwähnten Punkt ausführlicher zu sprechen kommen.

§ 23. Die hoffnungslose Lage des Schuldners.

Die Konkursordnung sieht als die Kennzeichen eines objektiv aussichtslosen Vermögenszustands auf Seiten des Schuldners die Zahlungseinstellung und den Antrag auf Konkurseröffnung an: Eins von diesen beiden Ereignissen muß also der anzufechtenden Handlung vorausgegangen sein, wenn der Angriff auf § 23 no. 1 gestützt werden soll. Das Gesetz wählt gerade jene beiden Vorgänge aus, um etwas Greifbares, zunächst für den Kontrahenten des Schuldners und später für den Richter leicht Festzustellendes zu bieten[481]).

§ 24. Die Rechtshandlung.

Es muß weiter eine Rechtshandlung vorgenommen worden sein, welche Stücke des schuldnerischen Vermögens in fremde Hände gebracht hat. Wir wollen zuvörderst von dem hiermit gegebenen Umfange der nach § 23 no. 1 denkbarer Weise anfechtbaren Vorgänge, und zwar erstens im Allgemeinen, zweitens mit Bezug auf einige besondere Fragen reden, sodann aber wenige Bemerkungen über die Zeit der fraglichen Handlungen machen.

I.

Was im Allgemeinen den Umfang der durch § 23 no. 1 begründeten Anfechtbarkeit angeht, so sind zunächst einige Schranken derselben, hiernach aber eine Erweiterung gegenüber der Anfechtbarkeit des § 24 hervorzuheben.

Von den Schranken liegt die erste schon darin, daß überhaupt eine Handlung gefordert wird. Denn an sich wäre die Möglichkeit gegeben gewesen, auch Erwerbungen, die auf dem Eintritt einer Bedingung beruhten oder sonst kraft Gesetzes in Folge irgend welcher Ereignisse an Jemanden gelangt wären[482]), auf Grund der objektiven Lage des Schuldners für anfechtbar anzusehen.

Zweitens unterfällt auch nicht jede Art von Rechtshandlungen —

---

481) Motive I, S. 138; II, S. 107 flg. — Das Nähere über Zahlungseinstellung und Eröffnungsantrag gehört in die Lehre vom Konkursverfahren. Vergl. übrigens oben § 16 bei Note 360.

482) Man denke an avulsio und dergl. Vergl. auch unten § 26 bei Note 551.

im weitesten Sinne — dem § 23 no. 1; jedenfalls nämlich — mit einer sogleich zu besprechenden Ausnahme — diejenigen nicht, welche schon einer auf § 24 sich stützenden Anfechtung nicht ausgesetzt sind; sodann aber giebt es Handlungen, die an sich geeignet wären, wegen absichtlicher Schädigung der Gläubiger angefochten zu werden, nicht aber vermöge des Wortlauts der Vorschriften des § 23 no. 1 angegriffen werden können. Doch wird hier über den Wortlaut hinauszugehen sein.

Was das Erstere, die schon nach § 24 unanfechtbaren Maßnahmen, anlangt, so denken wir an Verzichte auf Erwerbungen und an reine Unterlassungen. Wir haben oben[483] die Unanfechtbarkeit beider aus Gründen allgemeiner Natur behauptet, welche auch gegenüber dem § 23 no. 1 Geltung behalten.

Das soeben an zweiter Stelle Bemerkte ferner bezieht sich darauf, daß im § 23 no. 1 nicht alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, sondern, soweit überhaupt von diesem vorgenommene Handlungen in Frage sind, nur die von ihm abgeschlossenen Verträge[484] der Anfechtung unterworfen werden. Denn das Gesetz verlangt „Rechtsgeschäfte" des Gemeinschuldners, welche „der andere Theil" mit diesem „eingegangen" sein muß. Auf Grund des Wortlauts von § 23 no. 1 also wird eine prozessuale Disposition des Gemeinschuldners zu Gunsten seines Gegners, sofern nicht ein Abkommen darüber getroffen worden ist, sowie ferner die Dereliktion, welche Erwerb seitens eines Dritten zur Folge gehabt hat[485], und weiter die Befreiung eines Correalschuldners durch einen dem andern Correalschuldner gewährten Erlaß[486] nicht beseitigt werden können. Indeß besteht kein Bedenken[487], den Paragraphen analog auch auf diese Rechtshandlungen anzuwenden,

---

483) Vergl. oben § 16 bei Note 374 und § 17 bei Note 387 flg.

484) Auch die in der zweiten Hälfte des § 23 no. 1 aufgeführten Sicherstellungen oder Befriedigungen für Konkursgläubiger, also Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt, Pfandbestellung, sind Verträge.

485) Vergl. oben § 8 Note 188.

486) Windscheid, § 295 Note 4. — Im sächs. Recht ist dieser Fall nicht denkbar: B. G. B. § 1030 verb. mit § 998, 2. Satz.

487) Darin, daß das Anfechtungsrecht Ausnahmerecht ist, vermögen wir ein solches nicht zu erblicken: Vergl. Windscheid § 29 bei und in Note 2 und 3.

sofern dem Anfechtungsgegner eine aktive Betheiligung zur Last fällt[488]).

In welcher Hinsicht ist nun aber der Kreis der durch § 23 no. 1 betroffenen Handlungen weiter, als derjenige der nach § 24 anfechtbaren? Das Gesetz ergiebt dies unmittelbar: Es ist nach § 23 no. 1 nicht nöthig, daß der Schuldner selbst gehandelt habe, es kann auch ein Vorgehen dritter Personen angegriffen werden. Allerdings nur insofern, als dasselbe einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung verschafft hat; indeß ist das nur scheinbar eine Beschränkung. Denn andere Handlungen Dritter, welche, ohne daß der Schuldner thätig würde, zu einer Verminderung des Werthes der Aktivmasse[489]) führten, sind nicht denkbar: Jeder Eingriff in ein fremdes Vermögen erzeugt, sofern es sich nicht um Sicherung oder Befriedigung handelt, einen Ersatzanspruch.

Es ist indeß in gewissem Sinne nicht unbestritten, daß eine Handlung des Gemeinschuldners nicht erforderlich sei. Es verhält sich hiermit folgendermaßen:

Wenn das Gesetz von Rechtshandlungen spricht, die, ohne daß der Gemeinschuldner mitgewirkt hätte, einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung verschaffen, so denkt es dabei zunächst an Erwerbungen, welche[490]) auf Zwangsvollstreckung oder Arrestschlag beruhen; weiter aber auch an den Gewinn aus einem außerhalb des Konkurses geführten Anfechtungsprozesse[491]); und endlich gehört hierher noch ein Viertes, wovon sogleich näher die Rede sein wird.

In jenen drei Fällen nun wirkt zum Erfolge nicht blos der betreffende Konkursgläubiger, sondern auch der Richter oder der Gerichtsvollzieher mit. Auf diesen Umstand hat man eine eigenthümliche Behauptung gegründet: Auch wo scheinbar der Schuldner unbetheiligt sei, handle es sich doch immer um Anfechtung eines von ihm vorgenommenen Geschäfts; denn der Richter oder der Gerichtsvollzieher

488) Vergl. unten § 26 bei Note 549 flg.

489) Vergl. unten § 25.

490) Die oben § 17 bei Note 381 erwähnten Bestimmungen des § 28 der K. O. gelten selbstverständlich auch hier.

491) Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 § 13 Abs. 3.

seien seine Vertreter[492]). Mandry[493]) geht in dieser Richtung so weit, daß er sogar dolus des Schuldners als Vorbedingung der auf § 23 no. 1 beruhenden Anfechtbarkeit ansieht.

Was soll aber mit dieser gekünstelten und schiefen Auffassung gewonnen werden? Es scheint für dieselbe weiter kein Grund vorhanden zu sein, als das Bedürfniß, die Anfechtung des § 24 und diejenige des § 23 no. 1 in ein System hineinzuzwängen, und zwar die letztere der ersteren unterzuordnen; man gewinnt, so scheint es, auf diesem Wege die Ueberzeugung, daß es sich schließlich doch nur um Ausgestaltung und Fortbildung des römischen Rechts handelt.

Das ist aber unrichtig. In § 23 no. 1 cit. liegt ein durchaus selbstständiger Gedanke[494]), und wir glauben, wenn er das Glück hätte, älter zu sein, als derjenige des römischen Rechts, so würde man ebenso leicht versuchen können, den letzteren als eine weitere Ausführung des ersteren zu behandeln, als man jetzt das Umgekehrte unternimmt.

Insbesondere ist es durchaus unhaltbar, den Gerichtsvollzieher oder den Vollstreckungsrichter als Stellvertreter des Schuldners anzusehen. Denn das Recht der Ersteren, über das Vermögen des Letzteren zu verfügen, wird nicht von dessen Person abgeleitet: Der Schuldner, gegen den vollstreckt oder Arrest ausgebracht wird, hat dazu weder Vollmacht gegeben noch ist er handlungsunfähig und bevormundet. Vielmehr beruht jenes Recht einerseits auf demjenigen des vollstreckenden Gläubigers, andererseits auf dem Begriffe des Staates und auf dessen Beruf, das Privatrecht im Wege des Prozesses zu verwirklichen.

Otto[495]) scheint das Gegentheil durch eine Reihe von Paragraphen aus der Civil-Prozeß-Ordnung darthun zu wollen; nämlich durch §§ 716, 720, 723, 737, 808. Indeß der Beweis ist nicht geglückt. Wir könnten fragen: Wenn daraus, daß die Wegnahme gepfändeten und die Empfangnahme bei einer Versteigerung gelösten

492) v. Wilmowski S. 108; Otto S. 89; Motive II, S. 120 a. E. Von einer anderen Auffassung ist jedoch die Reichstagskommission ausgegangen (vergl. die oben § 17 Note 382 angeführte Stelle und Hullmann S. 139 a. Anf.); und Hullmann S. 139 Abs. 11 no. 4 sieht die besondere Bedeutung des zweiten Satzes des § 23 no. 1 mit uns gerade darin, daß eine Handlung des Schuldners nicht verlangt wird.

493) Mandry S. 381; dagegen Otto S. 118.

494) Vergl. oben § 21.

495) Otto S. 89; ebenso Motive II, S. 120.

Geldes durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung seitens des Schuldners gilt (C. P. O. §§ 716, 720), gefolgert werden soll, der erstere sei des letzteren Vertreter, wer ist denn dann bei jenen Zahlungen der Zahlungsempfänger? Schon der hiermit klargelegte Mangel in Otto's Beweisführung wäre entscheidend, weil eine Construction nur dann richtig sein kann, wenn sie auf jeden Fall, der ihr unterstellt werden soll, anwendbar ist. Wir wollen aber hierauf kein Gewicht legen. Möchte immerhin Otto die §§ 716 und 720 mit eben so viel Recht hier anführen, als § 723 und § 737, wo in der That von Erklärungen des Gerichtsvollziehers und des Vollstreckungsgerichts die Rede ist, durch welche Erklärungen des Schuldners ersetzt werden: Jedenfalls ist der noch nicht Stellvertreter, welcher mit der gleichen Wirkung, wie der Berechtigte, über ein Vermögen verfügt, sondern nur derjenige, welcher im Namen des Berechtigten auftritt. Kann man nun sagen, das Vollstreckungsgericht handle im Namen des Schuldners, wenn es dem Gläubiger eine gepfändete Forderung überweist? Das möchte namentlich dem Schuldner schwerlich einleuchten.

Die Hauptsache ist aber der vierte Fall, dessen Besprechung wir oben angekündigt haben. Es ist der, wo ein Pfandrecht im Wege privater Pfändung[496]) entstanden ist. Wo ist im Gesetz auch nur die geringste Handhabe dafür, eine solche Sicherung dem § 23 no. 1 zu entziehen? Will man dies gleichwohl der bloßen Construction[497]) zu Liebe thun? Oder will man sagen, der außergerichtlich pfändende Gläubiger vertrete bei dieser Handlung nicht nur sich selbst, sondern auch den Schuldner?

II.

Dies wäre das Allgemeine, was über die anfechtbaren Rechtshandlungen des § 23 no. 1 zu sagen sein möchte. Im Einzelnen können dieselben den verschiedensten Inhalt haben. Das Nähere hierüber muß im Wesentlichen auf den nächsten Paragraphen verschoben werden; nur über anfechtbare Zahlungen ist schon jetzt Einiges zu bemerken.

Zunächst verdient Hervorhebung, daß auf Grund von § 23 no. 1

496) Vergl. sächs. B. G. B. §§ 488, 493, 180; K. O. § 41 no. 9.

497) Deren Richtigkeit vielmehr ausschließlich dadurch zu erweisen wäre, daß sie auf jeden dem Gesetz unterstehenden Fall paßte.

Zahlungen auf fällige Forderungen überhaupt anfechtbar sind. Der Grund dieser Regel ist eine Vorstellung, welche wir ebenfalls an anderer Stelle werden untersuchen müssen [498]). Dieselbe geht dahin, daß schon mit dem Moment, wo die Voraussetzungen des Konkurses vorhanden sind, die Gläubiger dieselbe Rechtsstellung haben müssen, welche ihnen nach der hergebrachten Anschauung erst durch die Konkurseröffnung eingeräumt wird [499]); denn diese, ein richterliches Urtheil, könne nur vorhandene Rechte anerkennen, nicht neue schaffen. Es gebe also einen privatrechtlichen Anspruch der Gläubiger auf Konkurs über genau diejenige Masse, welche zur Zeit des Eintretens der Konkursvoraussetzungen vorhanden sei. Derselbe richte sich zunächst gegen den Schuldner, könne aber auch gegen Dritte wirksam werden, wenn diese ihn wissentlich, mithin deliktisch, verletzten [500]). So gut also während des Konkurses Zahlungen an einzelne Gläubiger nicht geleistet werden könnten, ebenso dürfe dies auch nach der Entstehung jenes Anspruchs, des Konkursanspruchs, nicht mehr geschehen [501]), und der Gläubiger, welcher mit Kenntniß des Konkursanspruchs Zahlungen annehme, setze sich der Anfechtung aus [502]).

Von der Anfechtbarkeit der Zahlungen giebt es — und das ist das Zweite, was wir in Ansehung einzelner Handlungen schon hier erwähnen wollen — eine Ausnahme, welche auf Rücksichten gegen den Wechselverkehr beruht. Sie wird im § 27 Abs. 1 der K. O. ausgesprochen und scheint uns keiner näheren Erörterung zu bedürfen. Etwaige Zweifel über ihre Tragweite könnten nur in wechselrechtlichen Kontroversen ihren Grund haben, auf welche einzugehen hier nicht der Ort ist.

Das Interesse der Gläubiger ergiebt sich aber hierbei den Bedürfnissen des Wechselverkehrs nicht ganz: An Stelle des im § 27 Abs. 1 versagten Anfechtungsanspruchs gegen den Wechselgläubiger wird durch § 27 Abs. 2 eine Ersatzforderung gegen den letzten Wechselregreßschuldner oder denjenigen, für dessen Rechnung dieser den Wechsel be-

498) Vergl. unten § 26 bei Note 552 flg. und § 32 bei Note 691 flg.

499) Motive I, S. 133; II, S. 102.

500) Motive II, S. 104.

501) Motive II, S. 119.

502) Ueber die Berechtigung der Anfechtbarkeit der Zahlungen vergl. unten § 26 bei Note 559.

geben hat, dann gewährt, wenn der Betreffende die im § 23 no. 1 erforderte Kenntniß zur Zeit der Begebung des Wechsels besaß. Eine Wechselzahlung des Gemeinschuldners ist also nicht insofern anfechtbar, als sie Zahlung an den jeweiligen Wechselgläubiger ist, sondern insofern, als in dessen Person gleichzeitig einem Dritten geleistet[503]) wird.

III.

Wir kommen endlich zur Zeit der anfechtbaren Handlung. Sie muß, wie schon im vorigen Paragraphen gesagt wurde, nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Konkurseröffnung stattgefunden haben. Das ist aber nicht das Einzige; es ist ferner hier ebenfalls eine mit Rücksicht auf den Verkehr gezogene Schranke zu beachten: Es darf nämlich die fragliche Handlung nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung geschehen sein[504]).

§ 25. Die Verminderung der Aktiven des Schuldners.

Anfechtbar sind:

1) Die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden, wenn ꝛc.[505])

„Durch deren Eingehung die Konkursgläubiger[506]) benachtheiligt werden!" Was ist der Sinn dieser Worte?

Derselbe soll zunächst im Allgemeinen festgestellt und dann zur Prüfung von Einzelfragen verwendet werden. Weiter wird die Bedeutung zu untersuchen sein, welche er für die zweite Hälfte des § 23 no. 1 — Anfechtbarkeit der Bezahlung — gewinnt.

I.

Jene Worte gedenken eines Schadens der Gläubiger; wir haben bereits mehrfach von einem solchen gesprochen. Einmal haben wir

503) Juristisch, oder, wenn der Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben worden war, wenigstens ökonomisch.

504) K. O. § 26. Vergl. oben § 20 bei Note 467 flg.

505) K. O. § 23 no. 1.

506) Also z. B. nicht Absonderungsberechtigte, soweit sie das sind; cf. unten § 31 Note 644.

gezeigt, daß Erforderniß einer jeden Anfechtung ein Nachtheil der Gläubiger sei, und haben bewiesen, daß hierbei als solcher die Ueberschuldung des gemeinschuldnerischen Vermögens — in einem gewissen, oben festgestellten Sinne, und wofern sie gewisse Folgen gehabt hat — zu gelten habe; zweitens haben wir dargethan, daß die Zahlungsunfähigkeit unter den allgemeinen Vorbedingungen der Anfechtung keine Stätte hat; drittens haben wir Einiges über die Redewendung „durch den Abschluß benachtheiligt werden" des § 24 no. 2 der K. O. gesagt. Es liegt die Frage nahe, ob auch die Worte „durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden" sich auf Herbeiführung von Ueberschuldung beziehen; oder ob vielleicht hier ausnahmsweise die Zahlungsunfähigkeit als erhebliche Beeinträchtigung der Gläubiger erscheint; oder ob endlich die Worte, welche wir jetzt untersuchen, auch juristisch dasselbe bezeichnen, wie diejenigen des § 24 no. 2, mit denen sie die sprachliche Bedeutung gemein haben.

Daß Ueberschuldung in Frage sei, wird derjenige nicht glauben, welcher sie mit uns für die allgemeine Voraussetzung jeder Anfechtbarkeit ansieht [507]). Denn warum sollte in § 23 no. 1 besonders betont sein, was in den §§ 24 und 25 als selbstverständlich stillschweigend vorausgesetzt wird?

Es spricht aber auch noch ein weiterer Grund gegen die Ueberschuldung. In der gemeinrechtlichen Anfechtungslehre ist, wie wir oben erwähnt haben, der Satz vertreten worden, daß die Ueberschuldung nicht nur die Wirkung der fraudulosen Handlung sein, sondern auch gleichzeitig mit ihr eintreten müsse. Diese Ansicht hat, so grundlos sie ist, eine weite Verbreitung gewonnen und dem zu Folge der Praxis viel Noth gemacht; denn sie nöthigt den Anfechtungskläger, ziemlich genau darzulegen, in welchem Zustande das schuldnerische Vermögen im Augenblicke der rechtswidrigen Veräußerung sich befunden habe. Diesen in sehr vielen Fällen ganz unmöglichen Beweis dem Kläger zu ersparen, ist eines der wesentlichsten Ziele der Reichsgesetzgebung gewesen. Die Motive [508]) bezeichnen ein Anfechtungsrecht, was von der Führung eines derartigen Beweises abhänge, geradezu als werthlos. Wie steht es aber, wenn man die Worte „durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden" auf Ueberschuldung bezieht? Sie wür-

507) Vergl. oben § 16 bei Note 338 bis 369.

508) Motive I, S. 140; II, S. 108.

den dann gerade jenen Beweis verlangen[509]); denn, wie Niemand bestreitet[510]), liegt auf „Eingehung" der Ton, ist Eingehung im Gegensatz zu den Folgen gesagt; es soll also hier gerade die Gleichzeitigkeit der Ursachlichkeit entgegen gestellt und die erstere gefordert werden. Die Frage ist nur, *was* gleichzeitig mit der anzufechtenden Handlung hervorgerufen werden muß.

Ob es die Zahlungsunfähigkeit ist? Keineswegs. Erstens wird diese, wenn einmal die Zahlungseinstellung stattgefunden hat oder die Konkurseröffnung beantragt worden ist, ohnehin fast immer vorliegen, so daß es nicht der Mühe werth wäre, sie besonders zu erwähnen. Zweitens aber wäre es das Verkehrteste, was es geben könnte, wenn Hervorrufen oder Vermehren von Zahlungsunfähigkeit *durch Eingehung* eines Geschäfts zu den Erfordernissen der Anfechtbarkeit gezählt würde; denn dann könnten nur Veräußerungen von Zahlungsmitteln angefochten werden, während beispielsweise die Verschleuderung eines werthvollen Grundstücks unangreifbar sein würde.

So bliebe endlich der Vergleich mit den Worten des § 24 no. 2:

„Sofern durch den Abschluß des Vertrags die Gläubiger . . . benachtheiligt werden"[511]).

Es ist indeß klar, daß eine genaue Analogie zwischen dieser Stelle und der, von welcher wir jetzt reden, nicht stattfindet, daß also ein unmittelbarer Schluß von dem Sinn der einen auf den der anderen in keinem Falle zulässig wäre. Denn dort handelt es sich um eine der Grundlagen eines widerlegbaren Argwohns, hier dagegen um eine materiell-rechtliche Voraussetzung eines selbstständigen Anspruchs; dort soll ein Umstand angegeben werden, der den Beklagten verdächtig, hier einer, der ihn verantwortlich macht[511a]).

---

509) Allerdings häufig (den Gegenbeweis) vom Beklagten; nämlich dann, wenn der Abschluß des Geschäfts nach der Zahlungseinstellung stattgefunden hätte (vergl. oben § 16 bei Note 362). Anders wäre es, wenn „der Konkursanspruch" in Folge des Antrags auf Konkurseröffnung eingetreten wäre. Ueberdies spricht nichts dafür, daß mit den hier fraglichen Worten dem Beklagten eine Art Exculpationsbeweis habe eingeräumt werden sollen; hätte die Absicht bestanden, dem Beklagten das Recht zu einem solchen zu gewähren, so würde das nicht auf eine Art geschehen sein, welche dieses Recht des Beklagten „werthlos" gemacht hätte.

510) Vergl. auch unten § 26 bei Note 544 flg.

511) Vergl. oben § 20 bei Note 458 flg.

511a) *Korn* S. 151 identificirt beide Stellen des Gesetzes ohne weiteres.

Die jetzt besprochene Stelle hat also einen eigenthümlichen Sinn und verlangt eine besondere Untersuchung. Doch ist dieses negative Ergebniß nicht der einzige Gewinn der bisherigen Erörterung; sie hat uns vielmehr für weiteres Nachdenken auch schon einen bestimmten Ausgangspunkt gegeben. Es ist nämlich jetzt so viel klar, daß von einem eigentlichen Schaden im strengen Sinn des Worts nicht die Rede ist, da weder Ueberschuldung noch Zahlungsunfähigkeit, also weder Vereitelung[512]) noch Verspätung der Befriedigung, in Frage kommt. Vielmehr kann nur an eine Gefährdung der Gläubiger zu denken sein. Diese Auslegung genügt auch vollkommen dem Zweck des Gesetzes. Denn es handelt sich allein darum, einen Umstand zu bezeichnen, welcher das Kontrahiren mit Jemandem, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder dem gegenüber die Konkurseröffnung beantragt worden ist, zu einem verantwortlichen Geschäfte macht[513]).

Welche Wirkungen nun kann ein Geschäft haben, die den Gläubigern nicht nothwendig schädlich, aber doch gefährlich sind? Es giebt zwei solche Wirkungen; nämlich die Verminderung der Aktiven[514]) und die Verschlechterung des Verhältnisses zwischen Aktiven und Passiven. Diese bildet zwar, genauer betrachtet, nur einen besonderen Fall von jener; sie kann nämlich entweder wiederum durch eine — körperliche — Verminderung der Aktiven oder durch eine Vermehrung der Passiven erfolgen, das letztere aber kommt auf eine Verminderung der für die bisherigen Gläubiger vorhandenen Aktiven hinaus, indem auf Befriedigung aus diesen nun mehr als vorher angewiesen sind. Indeß wenn somit jede Verschlechterung des Verhältnisses zwischen Aktiven und Passiven, vom Standpunkt der bisherigen Gläubiger aus[515]), eine Verminderung der ersteren ist, so ist doch nicht auch umgekehrt jede Verminderung der Aktiven eine Verschlechterung des Verhältnisses zwischen ihnen und den Passiven.

Nun ist die Frage: Genügt jede Beeinträchtigung der Aktiven überhaupt oder allein diejenige, welche mit einer Verschlechterung des

512) Diese ist aber außerdem Erforderniß; vergl. oben § 22.

513) Vergl. oben § 21 und Motive II, S. 117; Protokolle S. 20 flg.; Otto S. 50, Abs. 2.

514) Ohne daß Ueberschuldung die Folge zu sein brauchte.

515) Auf welchen es doch allein ankommt: „Durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden".

nur bezeichneten Verhältnisses verbunden ist? Ehe man hierauf antwortet, muß man sich klar machen, daß eine Schmälerung der Aktivmasse zur nächsten Folge sogar eine Besserung jenes Verhältnisses haben kann; nämlich dann, wenn vor[516]) dem Eintritt der Ueberschuldung eine Forderung bezahlt oder durch Hingabe eines ihrem Betrag entsprechenden Werthes an Zahlungsstatt getilgt wird. Von diesem Gesichtspunkt aus könnte man sogar sagen wollen, daß die bloße Verringerung der Aktiven eine Gefährdung der Gläubiger gar nicht enthalte; und wirklich scheint dies die Ansicht einiger Schriftsteller[517]) zu sein. Wir behaupten aber, daß in einer derartigen bloßen Verringerung nicht nur eine Gefährdung der Gläubiger liegt, sondern daß auch gerade diese Gefährdung mit den Worten „durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden" gemeint ist.

Was das Erstere anlangt, so ist klar, daß die Lage eines Zahlungsunfähigen, auch wenn er nicht überschuldet ist, mit jeder Abnahme seiner Aktiven bedrängter werden muß: Wer einerseits 20000 M. Schulden, andererseits ein Immobile im Werthe von 20200 M. oder befristete Ansprüche nach Höhe derselben Summe hat, kann sich leichter helfen, als Jemand, der gegenüber 2000 M Schulden ein festliegendes Aktivvermögen von 2200 M besitzt; denn gelingt es dem ersteren, seine Mittel wieder beweglich zu machen, so kann er große Unternehmungen in Betrieb setzen, während der letztere auch in diesem Falle ohnmächtig bleibt. Ebenso verhält sich auch der Verwalter eines Konkurses mit großer Theilungsmasse zu demjenigen eines Konkurses mit unbedeutender Theilungsmasse. Man kann also sagen, daß in der Regel ein ursachlicher Zusammenhang besteht zwischen der Schädigung der Gläubiger oder dem Umfang des Nachtheils, den diese erleiden, und jeder Verminderung der Aktiven, welche geschehen ist, nachdem die Lage des Schuldners bedrängt zu werden angefangen, oder gar, nachdem er seine Zahlungen eingestellt hat oder gegen ihn mit dem Antrage auf Konkurseröffnung vorgegangen worden ist. Man kann dies sagen, auch wenn der Kausalzusammenhang im Einzelnen nicht nachweisbar ist. Er wird dies häufig nicht sein; denn er wird nicht vermittelt durch das, was geschehen ist; sondern durch das Unterbleiben von irgend

516) Vergl. oben § 4 bei Note 54 und 55.
517) Vergl. unten bei und in Note 519.

etwas, was ohne jene Verminderung hätte erdacht werden und geschehen können[518]).

Es ist also die Abnahme der Aktiven, wenn sie nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Konkurseröffnung stattgefunden hat, eine Gefahr für die Gläubiger selbst dann, wenn sie mit einer Verschlechterung des Verhältnisses der Aktiven zu den Passiven nicht unmittelbar verbunden ist.

Woran aber läßt sich erkennen, daß das Gesetz gerade an diese Gefährdung der Gläubiger bei den Worten

„durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden",

gedacht wissen will?

Der § 23 no. 1 richtet sich gegen zwei Arten anfechtbarer Rechtshandlungen; einmal, in seiner ersten Hälfte, gegen Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, sodann, in seinem zweiten Theile, gegen Handlungen, durch die eine Konkursforderung sicher gestellt oder getilgt wird; und nur bei jenen Rechtsgeschäften, nicht auch bei diesen Handlungen erfordert er für die Anfechtung, daß die Konkursgläubiger durch die Eingehung benachtheiligt worden sein müßten. Wie hat man das zu erklären? Ist es ein Verbrechen, seine Schulden zu bezahlen und seine Forderungen sich bezahlen zu lassen? Soll das zu einer Missethat gestempelt werden, welche unter leichteren Bedingungen angefochten werden darf, als irgend eine andere Maßnahme? Dies scheinen allerdings einige Schriftsteller[519]) behaupten zu wollen; es möchte sich aber eine Deutung denken lassen, welche mehr Sinn hätte.

Die Sache ist diese: Das Gesetz geht offenbar davon aus, daß die Bezahlung und die Sicherstellung einer Buchschuld mit logischer Nothwendigkeit die Gläubiger schon „durch ihre Eingehung" benachtheiligen; und zwar insofern mit ihnen stets eine Verminderung der Aktiven verbunden ist. Dies ist die Eigenthümlichkeit derartiger Rechtshandlungen; und weil das Gesetz bei ihnen die Benachtheiligung durch

---

518) Es genügt hier, wie z. B. auch bei der Strafbestimmung in K. O. § 210 no. 3 (vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Strafs. Bd. IV, S. 419), die Möglichkeit des Kausalzusammenhangs.

519) Otto S. 84 Zeile 6 und 7; v. Wilmowski S. 112 no. 6; Mandry S. 382 (vergl. aa mit bb); Fuchs S. 46. Dagegen scheint Hullmann S. 139 Abs. 11 no. 4 unserer Ansicht zu sein.

die Eingehung nicht erfordert, weil ferner es keinen Sinn hätte, solche Handlungen unter ein privilegium odiosum zu stellen, gerade deshalb meinen wir, daß die Schädigung durch die Eingehung mit jener Eigenthümlichkeit dieser Handlungen zusammen fällt und also in der Verminderung der Aktiven besteht[520]).

II.

Nunmehr läßt sich im Einzelnen bestimmen, was für Geschäfte es sind, durch deren Eingehung schon die Konkursgläubiger benachtheiligt werden. Alle diejenigen gehören nicht hierher, bei denen der Schuldner gegen ein entsprechendes Aequivalent veräußert, welches seiner Beschaffenheit nach geeignet ist, dereinst Bestandtheil der Theilungsmasse zu werden; also z. B. der Verkauf oder Einkauf einer Sache um den angemessenen Preis, die Gewährung eines Darlehns, die Annahme einer geschuldeten Leistung[521]), die Bestellung eines Pfandes für eine Schuld, welche gleichzeitig kontrahirt wird[522]), und dergl. mehr.

Streitig ist, wie es sich mit der Wechselausstellung verhält. v. Völderndorff[523]) meint, sie unterfalle ganz vorzüglich den Vorschriften des § 23 no. 1, und „Einreden aus dem zu Grunde liegenden

---

520) Wenn man für die Schädigung durch die Eingehung, statt mit uns eine Gefährdung, einen wirklichen Schaden fordern will, so wird man zu der Konsequenz gedrängt, die Anfechtung bei entgeltlichen Geschäften nur auf die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung zuzulassen, was gewiß nicht im Sinne des Gesetzes liegt. Vergl. unten § 36 bei Note 754.

521) Motive II, S. 121; v. Völderndorff I, S. 277 (der mit Recht hervorhebt, daß es sich anders verhält, wenn der Anfechtungsgegner die Zahlung dem Gemeinschuldner in der Person eines Gläubigers des letzteren leistet); Otto S. 60.

522) Denn, vom Standpunkt der dereinstigen Konkursgläubiger betrachtet, nimmt der Pfandgläubiger hier nur sofort das wieder aus der Aktivmasse heraus, was er hinein thut. — Die Motive II, S. 130, welche im Resultat mit uns übereinstimmen, bauen de lege lata die Unanfechtbarkeit auf den Ausdruck „Konkursgläubiger" (Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger ꝛc.), insofern dieser beweise, daß es sich nur um Sicherung bereits bestehender Forderungen handle. Dieser Grund ist schwach; offenbar sind nur zukünftige Konkursgläubiger in Frage (Protokolle S. 21), und hierzu kann auch einer gehören, dessen Forderung erst nach der Zahlungseinstellung ꝛc. entstanden ist (K. O. § 2). Sonst vergl. v. Wilmowski S. 112 no. 6; Otto S. 83 Abs. 2; Striethorst LXVI no. 25 S. 137.

523) v. Völderndorff I, S. 271.

Rechtsverhältnisse" sollten schlechterdings nicht zugelassen werden; v. Sarwey[524]) dagegen behauptet, eine wechselrechtliche Verpflichtung als solche lasse kein Urtheil darüber zu, ob sie die Gläubiger an sich benachtheilige; Otto[525]) endlich will eine Mittelmeinung vertreten, und zwar dahin, daß bei Wechselausstellungen zwar die subjektiven Erfordernisse der Anfechtbarkeit erkennbar sein könnten, nicht aber das objektive, ob eine Schädigung der Gläubiger vorliege.

Um uns zunächst zu Otto's Ansicht zu wenden, so ist sofort klar, daß sie keine Mittelmeinung ist; sie ist vielmehr die Meinung v. Sarwey's. Denn gewiß haben weder v. Sarwey noch v. Völderndorff daran gedacht, zu behaupten, daß man nothwendig auf den Grund einer Wechselausstellung zurückgehen müsse, wenn man die Kenntniß des Empfängers von der Zahlungseinstellung des Ausstellers oder dem Eröffnungsantrage beweisen wolle.

Was nun aber die Kontroverse zwischen v. Sarwey und v. Völderndorff betrifft, so scheint der letztere, indem er von der Selbstständigkeit der Wechselobligation ausgeht, zu übersehen, daß es sich nicht um juristische Definitionen, sondern um ökonomische Wirkungen handelt[526]). Aus dem juristischen Begriffe des Wechsels läßt sich die Frage ebenso wenig entscheiden, wie man über die Anfechtbarkeit der Veräußerung eines Pferdes auf Grund der zoologischen Merkmale des Pferdes urtheilen kann. Wenn die Selbstständigkeit der Wechselobligation erheblich wäre, so müßte nach § 23 no. 1 z. B. auch jede Cession anfechtbar sein, ohne daß es auf die Gegenleistung ankäme. Denn gewiß ist die abgetretene Forderung der für sie gegebenen Gegenleistung gegenüber durchaus selbstständig. Und wie will man es endlich vom praktischen Gesichtspunkt aus rechtfertigen, daß die Hingabe eines Wechsels gegen die Valuta nach § 23 no. 1 anfechtbar sein soll, die Annahme eines Darlehns nicht?

Eine weitere wichtige Frage ist es, wie es mit zusammengesetzten Geschäften zu halten ist, d. h. solchen, bei denen ein einheitlicher Wille der Parteien durch eine Mehrheit gleichzeitig geschlossener Verträge erreicht wird. Es scheint nämlich hier möglich zu sein, daß einer dieser Verträge die

524) v. Sarwey S. 121.
525) Otto S. 57.
526) Dies hält ihm auch Krische S. 701 entgegen.

Gläubiger schon durch seine Eingehung benachtheiligt, der andere nicht; z. B. der Gemeinschuldner verkauft nach der Zahlungseinstellung eine Maschine um den angemessenen Preis; die eine Hälfte des Kaufpreises wird baar bezahlt, die andere durch Aufrechnung getilgt. Hier ist anscheinend der Verkauf nicht nachtheilig[527]), die Aufrechnung ist es jedenfalls.

Solche Verträge sind überhaupt für die Anfechtung sehr wichtig, auch schon für das Recht des § 24 no. 1. Wir hätten sie also schon früher erwähnen können; indeß ziehen wir es vor, sie hier zu besprechen, weil wir nunmehr diese Lehre für die beiden Hauptfälle der Anfechtbarkeit (K. O. § 24 und § 23) im Zusammenhang darstellen können.

Greifen wir vorerst auf das Recht des § 24 no. 1 zurück und bleiben bei dem obigen Beispiel. Dasselbe kann noch in verschiedener Weise gedacht werden; der Schuldner kann nämlich entweder in der Absicht verkaufen, den Gläubigern auch den in baarem Gelde empfangenen Theil der Gegenleistung zu entziehen; oder ohne diese Absicht, aber mit dem bewußten Willen, dieselben durch die Kompensation zu schädigen. Im ersten Falle ist unzweifelhaft das ganze Geschäft anfechtbar; wie steht es aber im zweiten?

Die preußische Praxis scheint angenommen zu haben, daß hier nur die Kompensation angegriffen werden könne[528]); diese Ansicht möchte aber kaum zutreffend sein. Wir erinnern zunächst an das, was wir über den subjektiven Kausalzusammenhang gesagt haben: Derselbe liegt auch dann vor, wenn der Schaden der Gläubiger nicht die unmittelbare Folge der streitigen Handlung ist, sondern durch das Zusammenwirken derselben mit späteren Ereignissen hervorgerufen wird, auf deren Eintritt der Schuldner bei Vornahme der fraglichen Handlung rechnete und verständiger Weise rechnen konnte. Solche Ereignisse können auch spätere Handlungen des Schuldners selbst sein; aber nur dann, wenn sie zu der früheren in einem solchen Verhältnisse

---

527) Wenigstens nicht „durch die Eingehung".

528) Striethorst LVIII no. 36 S. 175. Scheinbar anders Striethorst LXXVII no. 27 S. 149; allein dieses Erkenntniß redet, genau betrachtet, von einer datio in solutum. (Nämlich von einem Verkauf mit Kompensation des Kaufpreises, bei welchem die Befriedigung des Käufers der Zweck des ganzen Geschäfts war — das ist eben eine datio in solutum.)

ſtehen, daß man das Ganze ſtrafrechtlich als fortgeſetztes Verbrechen bezeichnen könnte [529]).

Wenn beiſpielsweiſe der Schuldner eine Unterbilanz von 1000 M. dadurch verurſachte, daß er von zwei zuſammen gehörigen Armbändern im Werthe von je 1000 M. [530]) das eine an Zahlungsſtatt hingäbe, das andere unmittelbar darauf in's Waſſer würfe, ſo würde die datio in solutum anfechtbar ſein.

Ganz dasſelbe muß aber auch gelten, wenn er beide Handlungen gleichzeitig vornimmt; es muß ferner auch gelten, wenn beide gleichzeitige Handlungen mit Erfolg angefochten werden können, alſo wenn der Schuldner das zweite Armband z. B. verſchenkt oder ebenfalls an Zahlungsſtatt giebt. Denn was hat die Anfechtbarkeit dieſer Veräußerung mit der Urſachlichkeit der anderen zu ſchaffen? Und welche von beiden gleichzeitigen Handlungen ſollten die Gläubiger anfechten, wenn ſie nur eine anfechten dürften?

Kehren wir hierauf zu dem Beiſpiel des Verkaufs mit theilweiſer Kompenſation des Kaufpreiſes zurück, ſo ſehen wir, daß es hier ebenſo ſteht: Der Schuldner ſchädigt ſeine Gläubiger durch zweierlei, durch die Hingabe der Kaufſache und durch die Aufrechnung. Denn er würde ſie nicht ſchädigen, wenn er eines von beiden nicht vornähme [531]); thut er alſo beides, ſo benachtheiligt er auch durch beides. Daß die Kompenſation das zeitlich Spätere, ja ſogar nur das logiſch Spätere iſt, vermag der ſchädlichen Wirkung des Verkaufs keinen Abbruch zu thun. Die Gläubiger müſſen auch hier ſowohl die Entziehung der Kaufſache als auch die des Kaufgeldes anfechten dürfen [532]). Denn entzogen iſt ihnen beides, und beides in Benachtheiligungsabſicht, da der Schuldner gewußt hat, daß weder für das eine noch für das andere ein Aequivalent zur Maſſe [533]) kommen werde.

---

529) Vergl. § 7 bei Note 142 und 143.

530) Vorher habe er alſo noch 1000 M. poſitives Vermögen.

531) Wenn er nicht verkaufte, ſo könnte er gar nicht kompenſiren; daraus ergiebt ſich die Kauſalität des Verkaufs unwiderſprechlich.

532) Natürlich nicht etwa kumulativ in der Weiſe, daß der Beklagte die Sache zurückgeben und außerdem den Kaufpreis herauszahlen müßte; ſondern je nach Wahl des Klägers muß er entweder den Kaufpreis baar bezahlen oder die Sache zurückgeben; ſeine durch die Kompenſation getilgte Forderung lebt in beiden Fällen wieder auf (K. O. §§ 31 und 32).

533) Vergl. oben § 5 bei Note 82.

Soviel von der Anfechtung zusammengesetzter Geschäfte auf Grund von § 24 der K. O. Wie steht es aber mit § 23 no. 1, von dem wir jetzt reden?

Man fühlt sich zunächst versucht, zu sagen, hier sei der Verkauf unanfechtbar und nur die Aufrechnung könne angegriffen werden; denn jener schade nicht durch seine Eingehung, sondern nur in Verbindung mit der Kompensation. Würde sich aber nicht einwenden lassen, daß er gerade deshalb durch seine Eingehung schade, weil die Kompensation schon zu den Bedingungen seines Abschlusses gehöre? So steht es in der That. Alles, was wir bezüglich der jetzt behandelten Frage über § 24 gesagt haben, können wir im Wesentlichen auf § 23 no. 1 unmittelbar anwenden. Denn auch hier handelt es sich um einen Benachtheiligungswillen[534], wenn auch mit anderem Inhalt[535] und auf Seiten einer anderen Person, als im Falle des § 24.

III.

Damit schließen wir die Erörterung einzelner Fälle, um zu der Frage nach dem Einflusse des im gegenwärtigen Paragraphen behandelten Erfordernisses auf die zweite Hälfte von § 23 no. 1 der K. O., also nach der Wirkung desselben auf die Anfechtbarkeit der Erfüllung[536] überzugehen.

Nehmen wir ein Beispiel: Der Schuldner kauft nach dem Eröffnungsantrage ein Haus um den angemessenen Preis; der Kauf ist nach dem unter I Gesagten unanfechtbar — ist es auch die Bezahlung der Kaufsumme?

Es sind hier zwei verschiedene Fälle möglich: Zug- um -Zug-Geschäfte und Kreditgeschäfte. Für die ersteren ist die Unanfechtbarkeit entschieden zu bejahen. Das Gesetz betrachtet diese Geschäfte als Einheiten, es beurtheilt sie als Ganzes und erklärt insofern ihren unmittelbaren Einfluß auf den Werth der Aktivmasse als maßgebend. Wollte

534) Vergl. unten § 26 bei Note 543 flg.

535) Der Inhalt ist: Verminderung der Aktiven nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage.

536) In der zweiten Hälfte des § 23 no. 1 handelt es sich, wie der Vergleich mit § 23 no. 2 zeigt, lediglich um Erfüllung; nämlich entweder um Erfüllung eines Anspruchs auf Sicherstellung (um Sicherstellung, auf die der Gesicherte einen Anspruch hat) oder um die Erfüllung eines anderen Anspruchs.

man die Erfüllung solcher Geschäfte seitens des Schuldners auf Grund der zweiten Hälfte des § 23 no. 1 der Anfechtung unterwerfen, so wäre die Klausel

durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden,

ohne jeden Werth; denn sie schützte dann allein Schenkungen an den Gemeinschuldner[537], welche ohnehin gewiß Niemand anfechten würde.

Was ferner Kreditgeschäfte anlangt, so sind offenbar diejenigen nicht anfechtbar, bei denen der Gemeinschuldner Kredit giebt; von ihnen gilt ganz das eben Gesagte[538]. Wie steht es aber, wenn er Kredit nimmt? Sollte man nicht meinen, ein Konkursgläubiger könne daraus, daß seine Forderung erst nach der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrag entstanden ist, ein Privileg, unanfechtbar Zahlung anzunehmen, nicht ableiten? Dies möchte in der That durchschlagend sein. Es kommt aber hinzu, daß das Geschäft, vermöge dessen der Gemeinschuldner veräußert — die Zahlung — hier keineswegs in so enger Verbindung steht mit demjenigen, durch welches er erwirbt, daß man beide zusammen als ein für den Stand der Aktiven gleichgültiges Ganze ansehen könnte.

Wenn übrigens in dieser Untersuchung die Kreditgeschäfte den Zug- um -Zug-Geschäften entgegengestellt worden sind, so ist hierbei mit beiden Bezeichnungen etwas Anderes gemeint worden, als man gewöhnlich darunter begreift. In der Regel denkt man bei diesen Ausdrücken an Geschäfte, bei denen Kredit zugestanden oder Baarzahlung verlangt wird; wir haben selbstverständlich solche Geschäfte gemeint, bei welchen *thatsächlich* sofort von beiden Seiten geleistet wird oder *thatsächlich* der Gemeinschuldner erst nach Ablauf einiger Zeit erfüllt[539].

---

537) Es würde sicher Niemand mit dem Gemeinschuldner kontrahiren, wenn zwar die Geschäfte an sich unanfechtbar, die auf Grund derselben von jenem Zug um Zug gemachten Leistungen aber anfechtbar wären.

538) Denn der Schuldner bekommt auch hier sofort ein Aequivalent, nämlich eine Forderung. Sollte diese später nicht realisirbar sein, so ist das ein Schaden, der nicht schon in der Eingehung des Geschäfts liegt. (Anders, wenn der Kontrahent des Schuldners schon zur Zeit der Eingehung insolvent war.)

539) Woraus sich die Frage leicht beantwortet, wie es zu halten sei, wenn zunächst beide Theile kreditiren und nach Verlauf einiger Zeit entweder Zug um Zug leisten oder der eine eher als der andere.

Hieran knüpft sich natürlich sofort die Frage, wie groß der Zeitraum zwischen Empfang der Leistung und Hingabe der Gegenleistung sein müsse, damit man sagen könne, es liege ein Kreditgeschäft — in dem soeben angegebenen Sinne — vor. Die Antwort lautet: Es kommt darauf an, ob anzunehmen ist, daß die Zwischenzeit vermöge ihrer Dauer nicht abgelaufen sein kann, ohne daß sich der Stand der Aktiven verändert hat; denn nur dann wirkt die Erfüllung des Gemeinschuldners anders auf die Aktivmasse, als sie gewirkt hätte, wenn sie im strengsten Sinne des Wortes „Zug um Zug" erfolgt wäre.

Wir haben die Worte:

„durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden"

eingehender erwägen müssen, als die scheinbar entsprechende Wendung in § 24 no. 2:

... sofern durch den Abschluß des Vertrags die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden.

Dies erklärt sich daraus, daß die Gleichheit des Sinnes eben nur eine scheinbare ist. In § 24 no. 2 handelt es sich darum, einen Umstand zu bestimmen, welcher einen Verdacht gegen den Anfechtungsgegner begründet; denn die Wirkung des Vorhandenseins dieses Umstands ist lediglich eine Verschiebung der Beweislast. In § 23 no. 1 dagegen ist die Rede von Erfordernissen der Entstehung eines Anspruchs. Während daher § 24 no. 2 eine Vermögensverminderung fordert, wird in § 23 no. 1 eine Verringerung der Aktivmasse verlangt.

§ 26. Die Kenntniß des Anfechtungsgegners.

In der Lehre von der Anfechtung aus § 23 no. 1 ist endlich noch von der Kenntniß zu handeln, auf welcher die Verantwortlichkeit des Anfechtungsgegners beruht. Wir erwähnen zunächst, daß der Ursprung dieser Kenntniß gleichgültig ist; eingehender werden wir von ihrem Inhalte und von ihrer juristischen Bedeutung zu reden haben. Die Erörterung der letzteren wird gleichzeitig eine Untersuchung über die systematische Stellung der Anfechtbarkeit des § 23 no. 1 sein müssen.

I.

Was den Inhalt der gedachten Kenntniß angeht, so ergiebt sich aus dem Gesetze unmittelbar, daß der Anfechtungsgegner entweder von der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens unterrichtet gewesen sein muß. Wir behaupten aber, es müsse ihm auch weiter bekannt gewesen sein, daß das betreffende Geschäft die Aktiven des Schuldners vermindere, daß also „die Konkursgläubiger durch die Eingehung benachtheiligt werden“ [540]. Wir berufen uns hier auf eine konkludente Willenserklärung des Gesetzgebers; nämlich darauf, daß das im vorigen Paragraphen behandelte Erforderniß überhaupt aufgestellt worden ist. Wenn dieses Erforderniß ohne Kenntniß des Anfechtungsgegners von seinem Bestehen wirksam sein sollte, so hätte es überhaupt keinen Sinn.

v. Völderndorff [541] ist anderer Ansicht; er versichert, daß im Gesetz die Kenntniß des „Gegenkontrahenten“ von der Benachtheiligung der Konkursgläubiger nicht verlangt werde.

Wir sind mit dieser Versicherung mehr zufrieden, als man nach dem bisher Gesagten vielleicht erwartet. Wie kommt v. Völderndorff dazu, ausdrücklich zu betonen, daß im Gesetz etwas nicht steht, was in der That noch Niemand darin gelesen hat und nie Jemand darin lesen wird? Offenbar hat v. Völderndorff die lebhafte Empfindung gehabt, daß das, was im Gesetz nicht steht, eigentlich darin stehen sollte; daß, wenn es darin stände, es nur den wirklichen Willen des Gesetzgebers ausdrücken würde. Dieser Schriftsteller würde also ganz derselben Meinung sein, wie wir, wenn er nicht andere Anschauungen über Auslegung hätte, als wir, und wenn er nicht insbesondere sich mehr an den Wortlaut binden zu sollen glaubte, als wir für nöthig halten.

Auf die Lehre von der Auslegung kann hier nicht eingegangen werden. Wer mit uns glaubt, daß man durch Worte einen hypothetischen normativen Willen überhaupt nicht erklären, sondern nur ungefähr andeuten kann [542], und demnach es mit uns für die Aufgabe der

540) Wir sagen nicht, daß diese Kenntniß immer eines besonderen Beweises bedürfe.

541) v. Völderndorff I, S. 275 a. Anf.

542) Vergl. Ihering, Geist des römischen Rechts II. Theil 2. Abtheilung 3. Aufl. S. 444 flg.

Auslegung ansieht, den Willen des Gesetzes, den auch sie selbst nicht genau wiederzugeben vermag, wenigstens in deutlicheren und festeren Umrissen erscheinen zu lassen, den wird der Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift nicht beirren. Nur das wird er verlangen, daß wir soviel beweisen, als wir behauptet haben, nämlich den Willen des Gesetzes, nicht einen unmittelbaren Ausdruck dafür.

Dieser Beweis soll im Folgenden geführt werden.

Im Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung war in dem Paragraphen, welcher dem jetzigen § 23 no. 1 entspricht, von einer Schädigung der Gläubiger nichts enthalten [543]).

Der Entwurf der Konkursordnung verlangte „die Gläubiger benachtheiligende" Rechtsgeschäfte [544]). Dazu wurde in den Motiven [545]) bemerkt:

„Wer mit dem an sich verfügungsfähigen Gemeinschuldner kontrahirt, ohne dessen Vermögen zu verringern, kann nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß der Erfolg vielleicht das Geschäft zu einem nachtheiligen stempelt".

Die gegenwärtige Fassung wurde von der Reichstagskommission gewählt, um den Gedanken der Motive deutlicher auszudrücken [546]).

Soweit sich also aus der Vorgeschichte des Gesetzes der Wille der gesetzgebenden Faktoren überhaupt erkennen läßt, ist er im vorliegenden Falle ganz unzweifelhaft. Die Vorgeschichte ist kurz und nur von einem Gedanken beherrscht: Man wollte die Haftung des Anfechtungsgegners von dem Umfang seiner Verantwortlichkeit abhängig machen; man wollte ihn nicht für solche Folgen seiner Handlungen eintreten lassen, die er nicht hatte voraussehen können.

Diese Absicht der gesetzgebenden Faktoren ist aber auch im Gesetz zum Ausdruck gelangt; zwar nicht hinlänglich in § 23 no. 1, wohl aber in § 30 Abs. 2. Denn aus der letzteren Stelle geht hervor, daß das Gesetz auch denjenigen, welcher auf Grund von § 23 no. 1 belangt wird, als bösgläubig ansieht [547]); diese Auffassung wäre aber unmög-

---

543) Vergl. § 28 daselbst.

544) Vergl. § 23 daselbst.

545) Motive II, S. 117.

546) Protokolle S. 20.

547) Hiermit stimmt auch, daß die Reichstagskommission den Antrag Goldschmidt's, mit Rücksicht auf § 23 no. 1 das Wort „unentgeltlichen" in § 30 Abs. 2

lich, wenn einerseits nur solche Rechtsgeschäfte auf Grund von § 23 no. 1 verboten sein sollten, durch deren Eingehung schon die Konkursgläubiger benachtheiligt werden, andererseits aber der Kontrahent des Gemeinschuldners auch dann haftbar wäre, wenn er von diesem Umstand nichts wüßte.

Hat denn nun aber ausschließlich das Zukünftige die Eigenschaft, unerkennbar zu sein? Wenn die Haftung des Beklagten von seiner Einsicht in die Wirkung seiner That abhängen soll, warum soll ihn dann die Unkenntniß gegenwärtiger Eigenschaften derselben nicht auch befreien? Man nehme an, er gewähre dem Schuldner eine sowohl nach seiner als auch nach dessen Ansicht angemessene Gegenleistung für ein äußerlich unscheinbares Kunstwerk, welches in Wahrheit das Doppelte werth ist, oder für eine alte Cremoneser Geige, deren Ursprungsort beide Kontrahenten nicht kennen: Darf man hier sagen, der Käufer sei den Gläubigern gegenüber bösgläubig?

Wenn wir hiernach annehmen, daß dem Anfechtungsbeklagten das Vorhandensein des im vorigen Paragraphen besprochenen Erfordernisses bekannt gewesen sein muß[548]), so wollen wir damit nicht sagen, daß diese Kenntniß immer oder auch nur regelmäßig eines besonderen Beweises bedürfe. Wenn Jemand vom Schuldner unverhältnißmäßig billig kauft oder an diesen unverhältnißmäßig theuer verkauft, so hat er im Zweifel gewußt, daß er ein gutes Geschäft macht; den Gegenbeweis aber darf man nicht versagen.

II.

Wir wenden uns endlich zur juristischen Bedeutung der fraglichen Kenntniß. Dieselbe wird in der Regel darin gefunden, daß ihr zu Folge der Erwerb des Anfechtungsgegners ein deliktischer sei. Dies möchte richtig sein; ob es aber erschöpfend ist? Daß es richtig ist, wird

---

der K. O. zu streichen, unter Hinweis darauf abgelehnt hat, daß auch der aus § 23 no. 1 Belangte stets in mala fide sei (Protokolle S. 27).

548) Auch hier unterscheiden sich die fraglichen Worte des § 23 no. 1 ihrer Bedeutung nach deutlich von den Worten des § 24 no. 2 „sofern durch den Abschluß des Vertrags die Gläubiger .. benachtheiligt werden": In diesem Falle wird aus der betreffenden Thatsache gerade die relevante Kenntniß des Beklagten gefolgert, während in jenem derselbe Kenntniß von dieser Thatsache gehabt haben muß, um für sie verantwortlich zu sein.

nur von Dernburg bestritten; daß es nicht ausreichend sei, scheinen die Motive behaupten zu wollen.

Dernburg[549]) meint, ein dolus des Anfechtungsbeklagten liege häufig gar nicht vor. „Wer z. B." — fährt er fort — „in Kenntniß des Antrags auf Konkurseröffnung Zahlung einer fälligen Forderung vom eventuellen Kridar nimmt, ist nicht in dolo, die Zurückweisung der Zahlung in solcher Lage wäre vielmehr eine Thorheit".

Es ist nicht ohne weiteres klar, wie Dernburg dies meint. Auf den ersten Blick möchte man glauben, daß er von dem rein römischen Sprachgebrauch des Wortes dolus ausgeht, wonach ein solcher nur beim Vorhandensein eines gemeinen Motivs angenommen wird. Zu dieser Auffassung wird man veranlaßt durch die Worte „die Zurückweisung der Zahlung in solcher Lage wäre vielmehr eine Thorheit". Denn wenn man unter dolus jeden bewußt rechtswidrigen Vorsatz begreift, so scheint dieser Dernburg'sche Beweis keine rechte Kraft zu haben: Offenbar kann etwas vom Standpunkt des gewöhnlichen Eigennutzes klug und doch rechtswidrig, oder thöricht und doch rechtlich geboten sein.

Allein dies ist, wie gesagt, nur der Eindruck des ersten Blickes. Es ist nicht anzunehmen, daß Dernburg unter dolus etwas Anderes habe verstanden wissen wollen, als einfach den rechtswidrigen Willen. Im Uebrigen hat er sich wohl etwas kurz ausgedrückt. Er wird sagen wollen, daß es eine Thorheit sein würde, die Zahlungsannahme unter den fraglichen Umständen zu einem Delikt zu machen, da es doch im Interesse aller Betheiligten liege, daß sie erfolge und daß das Geld vom Empfänger für die übrigen Gläubiger verwahrt werde.

Mit dem letzteren Satze würden wir an sich einverstanden sein[550]); nur daß er nicht beweist, was Dernburg — wenn wir ihn recht verstanden haben — damit beweisen will. Blos soviel folgt daraus, daß Jemand, der eine Zahlung im Interesse seiner Mitgläubiger, also mit der Absicht, das Geld seiner Zeit in die Konkursmasse einzuwerfen, vom Gemeinschuldner angenommen hat, nicht mit der Anfechtungsklage ex delicto, sondern einfach mit der actio negotiorum gestorum directa zu belangen wäre, obwohl der Wortlaut des § 23 no. 1 auf

549) Dernburg S. 316 Abs. 2.
550) Vergl. oben § 18 bei Note 430.

ihn passen würde. Das möchte aber ohnehin Niemand bezweifelt haben; auf so ehrliche Leute ist das Anfechtungsrecht nicht berechnet, und solchen gegenüber besteht kein Bedürfniß nach besonderen Rechtsinstituten, da ja eben die actio negotiorum gestorum directa völlig ausreicht. Der § 23 no. 1 setzt offenbar voraus, daß der Anfechtungsbeklagte für sich erworben hat oder mindestens nicht für die Konkursgläubiger.

Andererseits läßt sich unmittelbar aus dem Gesetz selbst nachweisen, daß der § 23 no. 1 keine quasikontraktliche Verbindlichkeit begründen will, sondern eine Haftung ex delicto im Auge hat.

Wenn nämlich der Sinn des Gesetzes einfach der wäre, daß jeder, der nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage in Kenntniß eines dieser Ereignisse etwas vom Schuldner erwirbt, quasikontraktlich gehalten sei, den Erwerb für die dereinstige Konkursmasse aufzubewahren oder, sofern es sich um eine Forderung handelt, dieselbe im Konkurse nicht geltend zu machen, so brauchte die Voraussetzung der Anfechtbarkeit des § 23 no. 1 eben auch nur ein Erwerb des Anfechtungsgegners zu sein. So ist es bekanntlich nicht; vielmehr fordert das Gesetz ein von dem Anfechtungsgegner „eingegangenes Geschäft", eine „Rechtshandlung". Dem entspricht es vollständig, wenn in § 27 no. 2 der K. O. die Haftung des letzten Wechselregreßschuldners oder desjenigen, für dessen Rechnung der Wechsel begeben worden ist, davon abhängig gemacht wird, daß der Betreffende die in § 23 no. 1 verlangte Kenntniß zu der Zeit besaß, wo er — sei es selbst, sei es durch einen Anderen — den Wechsel begeben hat, wo er also thätig geworden ist. Es genügt demnach nicht, wenn er zu der Zeit vom Sachstande unterrichtet war, in welcher er durch die vom Gemeinschuldner geleistete Zahlung liberirt wurde; und doch wäre seine Lage in diesem letzteren Zeitpunkte, wofern es sich um quasikontraktliche Haftung handelte, offenbar in keinem wesentlichen Punkte von der Lage dessen verschieden, dem unmittelbar eine anfechtbare Leistung gemacht wird. Das Gesetz verlangt aber eben eine Handlung; und indem es an deren Vornahme einen Nachtheil knüpft, kennzeichnet es sie als eine verbotene [551]).

551) Dem zu Folge sind die praktisch ungemein wichtigen Bemerkungen über die Zeit der anfechtbaren Handlung, welche v. Wilmowski S. 111 no. 1 und S. 113 no. 9 macht, durchaus richtig.

Warum ist nun aber hiermit die Bedeutung der im § 23 no. 1 geforderten Kenntniß nicht erschöpft? Worin besteht sie weiter?

Die Antwort hierauf ist: Diese Kenntniß ist eine der Vorbedingungen für den Anspruch der Konkursgläubiger.

Dies scheint sehr selbstverständlich; wir betonen es jedoch nicht ohne Absicht. Die Motive [552]) lehren, daß die Grundlage der Anfechtbarkeit des § 23 no. 1 der Anspruch der Gläubiger auf Konkurseröffnung sei; das ist ein großer Irrthum. Denn das letztere Recht der Gläubiger ist ganz unabhängig von der im § 23 no. 1 geforderten Kenntniß des Anfechtungsgegners.

Wir müssen uns jedoch über die Theorie der Motive etwas ausführlicher aussprechen.

Das Anfechtungsrecht ist Ausnahmerecht; und zwar enthält es eine Ausnahme von der Regel, daß gegen thatsächliche Beeinträchtigung obligatorischer Rechte seitens eines Dritten, d. h. seitens eines von der betreffenden Obligation nicht Gebundenen, keine unmittelbare Rechtshülfe gewährt wird: Wenn eine Sache zweimal verkauft und dem zweiten Käufer tradirt wird, so hat gegen diesen der erste keinen Anspruch; wenn eine verkaufte und noch nicht tradirte Sache dem Verkäufer durch Betrug entzogen wird, so kann sich der Käufer nur an seinen Kontrahenten, nicht an den Betrüger halten; das Anfechtungsrecht dagegen gewährt gegen den Dritten, welcher thatsächlich eine Obligation vereitelt, unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch.

Man fühlt sich natürlich versucht, diese Eigenthümlichkeit wissenschaftlich zu konstruiren. Daher hat man im gemeinen Recht gelehrt, der Anfechtungsgegner hafte ex delicto [553]).

Man könnte indeß auf den Gedanken kommen, daß damit eigentlich recht wenig gewonnen sei. Man könnte sagen, es handle sich gerade darum, zu erklären, woher denn die Gläubiger aus jenem Delikt berechtigt werden, da doch der Anfechtungsgegner mit Bezug auf das Vermögen des Schuldners handelt. Namentlich im Hinblick auf K. O. § 23 no. 1 scheinen solche Erwägungen nahe zu liegen; denn im gemeinen Recht und bei der Anfechtbarkeit des § 24 kann man sich viel-

552) Motive I, S. 113; II, S. 102.

553) Was freilich nicht für alle Fälle zutrifft. Vergl. oben § 8 bei Note 198—207.

leicht damit helfen, daß man sagt, der Anfechtungsgegner sei Theilnehmer an einem Delikt des Schuldners, insofern also den Forderungen der Gläubiger gegenüber kein unbetheiligter Dritter.

Diese Betrachtung scheint den Verfasser der Motive darauf gebracht zu haben, die Anfechtbarkeit des § 23 no. 1 mit seiner Idee vom „Konkursanspruch" zu verknüpfen; wenigstens ist nicht recht ersichtlich, wie er sonst hierzu gekommen sein sollte. Die Auffassung der Motive geht dahin, daß mit dem Eintritt der Voraussetzungen des Konkurses für die Gläubiger ein an sich gegen Jedermann wirksamer und nur aus Zweckmäßigkeitsgründen für die Zeit vor der Konkurseröffnung gesetzlich einzuschränkender Anspruch darauf entstehe, daß die Vermögenslage des Schuldners nicht zu ihren Ungunsten verändert, sondern der Konkurs unter denselben Verhältnissen eröffnet werde, welche zur Zeit des Eintritts der Konkursvoraussetzungen bestanden[554]). Jene Zweckmäßigkeitsgründe nöthigten insbesondere dazu, denjenigen Dritten, welcher vor der Konkurseröffnung den Konkursanspruch verletze, nur dann haftbar zu machen, wenn er Kenntniß von ihm habe.

Dieser Gedanke ist von den Kommentaren[555]) zur Konkursordnung meist angenommen, von Mandry[556]) und Otto[557]) verworfen und neuerdings von Krische[558]) vertheidigt worden. Mandry giebt seine Gründe nicht an; Otto stützt sich darauf, daß der Anspruch auf Konkurseröffnung formeller Natur sei.

Wir wollen diesen Grund, und was Krische dagegen vorgebracht hat, unerörtert lassen. Der Schwerpunkt der Frage scheint uns im Wesen der juristischen Konstruktion überhaupt zu liegen.

Wie schon erwähnt wurde, sagen die Motive selbst, daß der sogenannte Konkursanspruch vom positiven Recht nicht in voller Allgemeinheit anerkannt werden könne, sondern aus praktischen Gründen gewisse Einschränkungen erleiden müsse. Diese Einschränkungen werden in den besonderen Erfordernissen gegeben, an welche im § 23 no. 1 die Anfechtbarkeit geknüpft wird.

554) Vergl. auch oben § 24 bei Note 499 flg.

555) z. B. von Wengler S. 178 flg.; Hullmann S. 128 flg.; außerdem von Schultze S. 34 a. E. Dagegen scheint v. Völderndorff S. 259 und S. 267 den Ausdruck „Konkursanspruch" zu vermeiden.

556) Mandry S. 381 Note 14.

557) Otto S. 20 flg. Vergl. auch Fitting S. 18 Note 7.

558) Krische S. 685.

Da möchten wir denn doch bemerken, daß ein brauchbares legislatives Motiv noch keine juristische Konstruktion ist. Es ist ein vernünftiges Bestreben der Gesetzgebung, den Gläubigern das schuldnerische Vermögen — möglichst und unter Berücksichtigung entgegengesetzter Interessen — so zu erhalten, wie es zur Zeit der Zahlungseinstellung[559]) gewesen ist; dieses legislative Streben ist aber keine juristische Konstruktion und man kann es nicht unter dem Namen „Konkursanspruch" zu einem Rechtsbegriff machen. Die Konstruktion hat den Zweck, dem einzelnen Rechtssatz seine Stelle im Rechtssystem anzuweisen; sie muß ihn also nehmen, wie er ist, und muß ihm so, wie er vorliegt, gerecht werden. Sie darf sich nicht damit begnügen, irgend eine lebendige Kraft, die bei seiner Gestaltung wirksam gewesen ist, als maßgebend herauszugreifen, und die übrigen als nebensächlich behandeln. So verfährt die historische Betrachtungsweise, aber nicht die systematische. Die Konstruktion verträgt daher keine Ausnahmen oder wenigstens nur solche, die den Charakter von Privilegien haben[560]). Dagegen kann man bei der Vielfältigkeit der Tendenzen und Interessen des menschlichen Lebens fast von vorn herein behaupten, daß jede konsequente, von Ausnahmen freie Durchführung eines einzigen legislativen Motivs fehlerhaft sein würde.

Wenn man insbesondere von einem gegen Jedermann gerichteten Anspruch redet, dem aus Zweckmäßigkeitsgründen nur derjenige unterworfen ist, der ihn kennt, so ist das keine Konstruktion, bei der zu erörtern wäre, ob sie passend ist oder nicht, sondern eine, die von sich selbst bekennt, daß sie überhaupt keine ist. Ein solcher Anspruch ist ein Unding. Die Kenntniß, die im § 23 no. 1 verlangt wird, hat juristisch und systematisch mit den übrigen Erfordernissen der dort begründeten Anfechtbarkeit vollkommen gleichen Rang; wenn sie nicht vorhanden ist, so ist auch schlechterdings kein Anspruch vorhanden, insbesondere keineswegs etwa ein aus Zweckmäßigkeitsgründen unwirksamer. Mandry's lakonisches Urtheil, daß die Theorie vom Konkursanspruch „wenig juristisch gedacht" sei, ist vollkommen zutreffend[561]).

559) Hierdurch ist es auch gerechtfertigt, daß nach § 23 no. 1 Zahlungen anfechtbar sind.

560) Sie unterliegt, wie Ihering, Geist des römischen Rechts, 3. Aufl. II. Theil 2. Abtheilung S. 374 sagt, dem „Gesetz des Nichtwiderspruchs".

561) Schultze, das deutsche Konkursrecht S. 34 a. E. flg., macht den Kon-

Wie ist denn aber der Anspruch des § 23 no. 1 sonst zu konstruiren? Wir begnügen uns mit der Antwort: Als Deliktsobligation. Wenn man uns darauf entgegnet, daß dies keine Antwort auf die Frage sei, wie es systematisch zu erklären wäre, daß aus einer mit Bezug auf das Vermögen des Schuldners vorgenommenen Handlung die Gläubiger berechtigt würden, so erwidern wir, daß man diese Frage sich überhaupt nicht hätte vorlegen sollen. Wer aus einem Delikt ersatzberechtigt werden soll, darüber kann nur das positive Recht entscheiden. In erster Linie hängt hier Alles vom praktischen Bedürfniß ab; daneben erhalten sich historische Eigenthümlichkeiten. In systematischer Beziehung aber herrscht auf diesem Gebiete der Zufall. Oder wie will man beispielsweise einen systematischen Gedanken darin finden, daß aus dem Raube jeder irgendwie Geschädigte, aus dem furtum jeder dinglich Berechtigte und jeder interessirte Besitzer, aus der Sachbeschädigung nach altem Recht nur der Eigenthümer, jetzt aber auch andere dinglich Berechtigte, der gutgläubige Besitzer und gewisse Nutzungsberechtigte ersatzberechtigt sind?

Wir wollen jedoch den Motiven soviel zugeben, daß der Anfechtbarkeit des § 23 no. 1 ein Anspruch der Gläubiger zu Grunde liegt, welcher vor der Vornahme der anfechtbaren Handlung besteht; nur daß wir hierbei nicht an das Recht auf Konkurseröffnung denken[562]); vielmehr meinen wir den Anspruch der Gläubiger darauf, daß anfechtbare Handlungen nicht vorgenommen werden. Mit der Anerkennung dieses Anspruchs wollen wir auch nichts Besonderes von der Anfechtbarkeit behaupten; sondern wir glauben, daß überhaupt ein unabweisbares logisches Bedürfniß für die Annahme besteht, daß jeder, der nach Begehung eines Delikts ersatzberechtigt ist, vorher einen Anspruch darauf gehabt hat, daß das betreffende Delikt nicht begangen werde[563]).

---

kursanspruch, der nach ihm mit der Zahlungsunfähigkeit eintritt, zur Grundlage nicht nur der Anfechtung des § 23 no. 1, sondern überhaupt jeder Anfechtung. Wo steht denn aber geschrieben, daß die Zahlungs*unfähigkeit* mit § 23 no. 1 etwas zu thun habe? Von §§ 24 und 25 ganz zu schweigen! *Schultze's* Konstruktion des Konkursrechts mag zunächst (vergl. unten § 32 bei Note 690 bis 703) dahin gestellt bleiben; daß aber die Anfechtung mit dem Konkursanspruch nicht zusammen hängt, ist schon daraus zu ersehen, daß es auch eine Anfechtung außerhalb des Konkurses giebt.

562) Vergl. unten § 30 Note 641.

563) Man erwäge Nachdruck und ähnliche Fälle.

Denn wenn das Delikt blos das öffentliche Recht, nicht auch die Rechte der Einzelnen verletzt, wie sollen dann diese aus seiner Vornahme Ersatzansprüche ableiten können?

§ 27. Rechtsvermuthungen.

Ebenso wie die Anfechtbarkeit des § 24 no. 1 wird auch diejenige des § 23 no. 1 von der K. O. durch gesetzliche Beweisregeln erleichtert; während wir aber dort zwei Präsumtionen kennen gelernt haben, werden wir hier nur auf eine treffen. Dieselbe ist uns nicht neu; sie fällt in ihren Voraussetzungen fast gänzlich mit der einen von jenen beiden zusammen. Nur ein Unterschied besteht: Die zehntägige Frist, die vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage liegt, ist für die Erleichterung der auf § 23 no. 1 sich stützenden Anfechtung ohne Werth. Denn dasjenige Erforderniß dieser Anfechtung, welches beim Vorhandensein der betreffenden Voraussetzungen präsumirt werden soll, ist gerade die Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag, eine Kenntniß, die nicht vorhanden sein kann, so lange keines dieser beiden Ereignisse geschehen ist[564]).

Wir haben, als wir vom Verhältniß des § 24 no. 2 und des § 23 no. 2 zu § 24 no. 1 handelten[565]), den Inhalt und die Bedeutung der fraglichen Beweisregeln besprochen. Gegenwärtig brauchen wir auf die Bedeutung nicht einzugehen; denn auch für das Verhältniß des § 23 no. 2 zu § 23 no. 1 gilt in dieser Hinsicht Alles, was wir oben gesagt haben.

Dagegen ist Einiges über den Inhalt zu bemerken.

Die in § 23 no. 1 erforderte Kenntniß des Anfechtungsgegners von der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens[566]) wird nach § 23 no. 2 bis zum Gegenbeweise dann vermuthet, wenn

---

564) v. Bölderndorff I, S. 285; v. Sarwey S. 141; Hullmann S. 141 Abs. 3 a. E.

565) Oben § 20.

566) In § 23 no. 2 wird nichts davon gesagt, daß die Konkursgläubiger schon durch die Eingehung der betreffenden Geschäfte geschädigt sein müßten; dies erklärt sich daraus, daß es sich um Sicherstellung oder Befriedigung handelt (vergl. § 23 no. 1 a. E. und oben § 25 bei Note 520).

a) eine Rechtshandlung erfolgt ist, die einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt hat, welche dieser nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte; und

b) jene Rechtshandlung nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage geschehen ist.

Die Erörterung des unter a) Angeführten hatten wir uns oben vorbehalten; sie ist es, auf die wir nunmehr kommen wollen.

Die fraglichen Worte des Gesetzes lassen sich am leichtesten durch Besprechung einzelner Fälle in's Klare stellen. Wir wollen nach einander die verfrühte Erfüllung, die Erfüllung einer Naturalobligation, die Bezahlung in Handelspapieren, einige Kompensationsfälle, die Novation, die Auflösung eines Vertrags, der von einer Seite bereits erfüllt worden ist, die Pfandbestellung, das Hülfspfand und endlich das Arrestpfand besprechen.

Bei der verfrühten Erfüllung wird dem betreffenden Gläubiger eine Befriedigung gewährt, die er „zu der Zeit" nicht zu beanspruchen hatte; sie unterfällt also dem § 23 no. 2. Dies kann im Allgemeinen nicht zweifelhaft sein; in dem besonderen Fall aber, daß die Fälligkeit der Forderung noch „in der kritischen Zeit", also wohl vor der Konkurseröffnung, eintritt, findet v. Völderndorff die Anwendung des § 23 no. 2 hart[567]). Warum? Es handelt sich um Beweisregeln, wie nicht oft genug betont werden kann, und es ist unbegreiflich, wie eine Präsumtion durch Ereignisse ausgeschlossen werden soll, welche zeitlich hinter denjenigen liegen, auf welche sie sich gründet[568]).

Wie steht es mit der Erfüllung einer Naturalobligation? Von der preußischen Praxis wurde der § 101 no. 1 der Preuß. K. O., welcher in dem hier wesentlichen Punkte dem § 23 no. 2 der R. K. O. gleich kam, auf Erfüllung von Naturalobligationen nicht angewendet[569]). Dagegen sagen die Motive[570]), daß die Befriedigung nicht klagbarer Ansprüche dem § 23 no. 2 zu unterstellen sei; und sie finden allge-

---

567) v. Völderndorff I, S. 282.

568) Vergl. oben § 20 nach Note 469.

569) Striethorst XL no. 30 S. 113 flg.; XLV no. 38 S. 185. Ebenso R. O. H. G. V no. 26 S. 108; VII no. 37 S. 334.

570) Motive I, S. 163.

meine Beistimmung[571]); ja, v. Völderndorff zählt solche Geschäfte unter die Schenkungen[572]) und unterwirft sie dem § 25!

Sollte die preußische Praxis so sehr in der Irre gegangen sein? Oder sind inzwischen die Menschen so schlecht geworden, daß, wenn Jemand eine Pflicht erfüllt, die im Rechtswege ihm gegenüber nicht geltend gemacht werden kann, für denjenigen, zu dessen Gunsten er das thut, die Vermuthung einer Zahlungseinstellung oder eines Antrags auf Konkurseröffnung oder der Absicht, die Gläubiger zu bevortheilen, der nächstliegende Gedanke ist? So daß der Naturalgläubiger, der seinen Schuldner für einen ehrlichen Mann hält, dieses Vertrauens wegen in den durch besonderen Gegenbeweis zu entkräftenden Verdacht der Unredlichkeit kommen muß? Das ist denn doch recht ungereimt. In den Civilrechten, wo es natürliche Ansprüche giebt, sind diese eben Ansprüche[573]), und demnach ist hier ihre Erfüllung schon dem Wortlaute nach dem § 23 no. 2 nicht unterworfen; in anderen Civilrechten[574]) wäre wenigstens der Nachweis, daß der Gemeinschuldner in Erfüllung einer sittlichen Pflicht gehandelt hat, ein genügender Gegenbeweis gegen die an sich begründete Rechtsvermuthung.

Und wie, wenn diese vielleicht nicht einmal begründet wäre? Ist denn der Naturalgläubiger ein Konkursgläubiger[575])? Kann man irgendwo Naturalobligationen zum Konkurse anmelden?

Wir wollen auf das Letztere kein Gewicht legen; es wäre durch ein argumentum a potiori leicht zu entkräften. Wir heben es nur denen gegenüber hervor, die am Wortlaute kleben. Diese möchten uns sonst einwenden wollen, daß bei unserer Ansicht über die Naturalobligationen die Worte des Gesetzes

„Befriedigung ... welche (der Konkursgläubiger) nicht zu beanspruchen hat" —

im Gegensatz zu derjenigen, welche er nicht zu der Zeit oder in der Art fordern kann —, gegenstandslos seien. Indeß wer würde ihnen heißen,

---

571) Hullmann S. 141 no. 10a, S. 144 Abs. 2; v. Wilmowski S. 113 Abs. 2; Fuchs S. 48 no. 2, u. s. f.

572) v. Völderndorff S. 283.

573) Windscheid § 463 Note 34.

574) z. B. in B. G. B. für das Königreich Sachsen.

575) K. O. § 23 no. 2; „... Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger" ꝛc.

die Worte in dieser Weise zu verbinden? Jedenfalls giebt es Sicherstellungen, die der Gesicherte nicht zu beanspruchen hat, und dies genügt zur Rechtfertigung der Ausdrucksweise des Gesetzes; zumal eine Befriedigung, auf die man keinen Anspruch hätte, eine contradictio in adjecto sein würde.

Die Zahlung in verkehrsüblichen Handelspapieren wird von Hullmann und Dernburg[576]) dem § 23 no. 2 ohne weiteres entzogen, von v. Wilmowski[577]) dagegen nur dann, wenn der Gläubiger zur Annahme verpflichtet war. Jene sind zu milde, dieser zu streng, und alle drei gehen von einer unzutreffenden Anschauung aus. Die Zahlung in Handelspapieren ist der Anwendung des § 23 no. 2 nur dann nicht ausgesetzt, wenn Handelspapiere der betreffenden Art der Gegenstand des Forderungsrechts des Befriedigten gewesen sind; hier nämlich hat § 23 no. 1 einzugreifen. In allen anderen Fällen ist § 23 no. 2 anzuwenden; eine ganz andere Frage aber ist es, ob der Anfechtungsgegner in Folge der Anwendung dieses Paragraphen zu verurtheilen ist. Jene drei Schriftsteller scheinen durch den Umstand beirrt worden zu sein, daß in solchen Fällen sehr häufig nicht nur die Prämissen der gesetzlichen Präsumtion, sondern gleichzeitig auch diejenigen des dem Beklagten verstatteten Gegenbeweises von vorn herein liquide sind. Es wird sich hier sehr häufig ähnlich verhalten, wie bei der exceptio non adimpleti contractus und bei der exceptio excussionis[578]): Der anfechtende Konkursverwalter hat darzuthun, daß der Anfechtungsgegner etwas erhalten hat, was er „der Art nach" nicht zu beanspruchen hatte; wird diese Obliegenheit durch den Nachweis erfüllt, daß in Handelspapieren gezahlt worden sei, und ist, wie meistens der Fall sein wird, unstreitig, daß der Gemeinschuldner Kaufmann ist, so macht der besondere Inhalt des klägerischen Beweises, zusammengehalten mit dem letztgedachten Umstande, den Gegenbeweis des Beklagten überflüssig. Denn eine der Arten, auf welche der Beklagte den ihm durch § 23 no. 2 nachgelassenen Gegenbeweis führen kann, ist die,

576) Dernburg S. 318 Abs. 1; „Tilgung durch usuelles Geld und durch Banknoten, nicht aber durch Wechsel"; Hullmann S. 142 Abs. 6: Handelspapiere, wenn der Verkehr die hingegebenen Papiere als ordentliche Zahlungsmittel ansieht.

577) v. Wilmowski S. 113 Abs. 2 a. E.

578) Vergl. Windscheid § 321 Note 3 und § 478 Note 1 i. med.

daß er zeigt, die Gewährung von etwas Anderem, als er eigentlich zu fordern hatte, sei nach der besonderen Lage der näheren Umstände nicht auffällig. Dies ist bei dem eben geschilderten Sachverhältniß ohne weiteres klar; ebenso in dem von v. Wilmowski hervorgehobenen Falle, wenn der Anfechtungsgegner zur Annahme der alia res verpflichtet gewesen ist[579]; keineswegs aber immer dann, wenn Handelspapiere in Frage stehen[580]; und möglicher Weise auch dann — was Dernburg verneint —, wenn in Wechseln gezahlt worden ist[581].

Was weiter die Kompensation angeht, so ist auf die Absicht der Betheiligten zu sehen. Ein regelrechtes Kaufgeschäft wird dadurch noch nicht zu einer verdächtigen Handlung, daß der Käufer eine Forderung an den Gemeinschuldner hat und den Kaufpreis durch Aufrechnung tilgt[582]; wenn dagegen die Herbeiführung der letzteren der Zweck des Kaufvertrags gewesen ist, so liegt eine Hingabe an Zahlungsstatt unter falschem Namen vor, also eine Befriedigung, welche der Art nach nicht beansprucht werden konnte[583]. Wenn ferner ein Kaufvertrag unter Stundung des Kaufpreises abgeschlossen wird, um dem Käufer die Aufrechnung gegen eine bedingte, voraussichtlich später unbedingt werdende Schuld des Gemeinschuldners zu ermöglichen, so hat ersterer eine Sicherheit erhalten, auf welche er kein Recht hatte[584].

Durch Novation ferner kann eine der Art nach ungeschuldete Befriedigung erfolgen, wenn die neue Schuld günstiger für den Gläubiger ist, als die alte, z. B. durch ein Pfandrecht gesichert. In diesem Falle ist nicht unmittelbar die Pfandbestellung anfechtbar, wie ein preußisches Erkenntniß zu § 101 no. 1 der preuß. K. O. annimmt[585]; denn die

579) Vergl. Windscheid § 255 Note 5 a. E. (facultas alternativa).

580) z. B. wenn der Gemeinschuldner unter oder über dem Course hingegeben hat; oder wenn die Forderung auf eine bestimmte Sorte Münze „effektiv" gegangen ist.

581) z. B. wenn zwischen Geschäftsfreunden ein für allemal vereinbart worden ist, es könnten alle Forderungen in Wechseln mit dreimonatigem Ziel beglichen werden.

582) Ein derartiges Kaufgeschäft ist nicht das Gewähren einer Befriedigung, auf die der Käufer keinen Anspruch hat; die Befriedigung wird durch die Kompensation bewirkt, zu welcher der Käufer berechtigt ist.

583) Striethorst LXXVII no. 27 S. 149; R. O. H. G. X no. 44 S. 209. — Vergl. übrigens K. O. § 48 no. 3.

584) Hullmann S. 144 Abs. 3.

585) Striethorst LXI no. 3 S. 8 flg.

Pfandbestellung für einen gleichzeitig begründeten Anspruch unterfällt dem § 23 no. 1 überhaupt nicht[586]). Vielmehr hat der Angriff des Konkursverwalters gegen die Novation und nur mittelbar gegen das Pfandrecht sich zu richten.

Die Rückgängigmachung eines Vertrags, den der Anfechtungsgegner bereits erfüllt hatte, während der Gemeinschuldner noch im Rückstande war, ist ein neues, auf Tilgung der Verbindlichkeit des Kridars berechnetes Geschäft und nach § 23 no. 2 anfechtbar[587]).

Die Pfandbestellung ist selbstverständlich nach § 23 no. 2 dann nicht anfechtbar — abgesehen von dem Anfechtungsanspruche des § 24 no. 1 — wenn sie nicht einmal dem § 23 no. 1 anheimfällt, also die Schuld gleichzeitig erst entsteht. Bei der nachträglichen Pfandbestellung ist es unerheblich, ob sie ohne oder gegen Entgelt[588]) erfolgt; in Betracht kommt allein, ob sie beansprucht werden kann.

Das Hülfspfand gewährt dem Gläubiger dann eine Sicherung, die er beanspruchen kann, wenn der vollstreckbare Titel bereits vor der kritischen Zeit, also vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage[589]) vorhanden gewesen ist. In diesem Falle muß sich die Anfechtung auf § 23 no. 1 stützen; im entgegengesetzten auf § 23 no. 2[590]).

Wie steht es mit dem Arrestpfand?

Vom Reichsgericht ist bereits zweimal[591]) ausgesprochen worden, daß jeder Arrest vermöge § 23 no. 2 angegriffen werden könne; und wenn wir fragen, ob denn der Gläubiger, dem das Gericht den Arrest gewähre, keinen Anspruch auf das Arrestpfand habe, so bescheidet uns die höchste Instanz, „es bedürfe keiner Hervorhebung, daß die gesetzliche Befugniß, einen Arrest zu erwirken, nicht als ein Anspruch auf

586) Vergl. oben § 25 bei Note 522.

587) R. O. H. G. XXIV no. 54 S. 204.

588) Das Entgelt müßte denn so beträchtlich sein, daß es auch § 23 no. 1 ausschlösse, was nie vorkommen wird.

589) Bei der Anfechtung aus § 24 no. 1 jcto § 23 no. 2 vor Beginn der zehn Tage.

590) Motive II, S. 128 Abs. 2. — Hullmann bemerkt übrigens mit Recht, daß der vollstreckende Gläubiger den ihm obliegenden Gegenbeweis geführt hat, wenn von ihm dargethan worden ist, daß die Vollstreckung vermöge des natürlichen Prozeßgangs zu der betreffenden Zeit stattgefunden hat.

591) R. G. II, S. 375 flg.; III, S. 397 flg.

Sicherung im Sinne des § 23 no. 2 angesehen werden könne“ [592]). Wirklich? Das bedarf keiner Hervorhebung? Nicht nur, daß es einer Hervorhebung bedürfte — es ist sogar nicht einmal wahr. Das Reichsgericht hätte schon angesichts der Thatsache, daß ein sehr angesehener Rechtslehrer die Meinung vertritt, der Anspruch auf Arrest sei ein Privatrecht [593]), nicht so kurz sein sollen und nicht mit einem so unfaßbaren Begriff, wie „gesetzliche Befugniß“, operiren dürfen: Welches Recht ist denn keine gesetzliche Befugniß? Aber selbst, wenn der gedachte Rechtslehrer Unrecht hätte, so viel ist doch gewiß, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Voraussetzungen des Arrests gegeben sind, den letzteren beanspruchen kann; ob im Sinne des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts, also des Prozeßrechts, ist gleichgültig. Der Gedanke des § 23 no. 2 ist der, daß dasjenige nicht verdächtig ist, was von Rechtswegen geschieht; weder der Sinn noch der Wortlaut des Gesetzes geben einen Anlaß, das „beanspruchen können“ lediglich von privatrechtlichen Ansprüchen zu verstehen. Praktisch ist unsere Auffassung um so ungefährlicher, als, wie auch das Reichsgericht annimmt [594]), die bedenkliche Lage des schuldnerischen Vermögens keinen Arrestgrund bildet.

7. Kapitel.

§ 28. Die Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen (K. O. § 25 no. 1 und no. 2, 1. Hälfte).

Die Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen nimmt in der Konkursordnung eine andere Stelle ein, als im gemeinen Recht. Bei den Römern ist sie ein besonderer Fall der Anfechtung wegen Benachtheiligungsabsicht des Schuldners; im modernen Recht ist sie selbstständig.

Die Konkursordnung sieht, wie das gemeine Recht, von dem Er-

592) R. G. III, S. 398 Abs. 1.

593) Wach, Italienischer Arrestprozeß, insbes. S. 95 flg.; derselbe in Kritische Vierteljahrschrift Bd. XV S. 374. — A. M. Merkel, Ueber Arrest und einstweilige Verfügungen, S. 25 flg. Dieser sieht im Arrest die anticipirte Vollstreckung des Hauptanspruchs, was sich schon dadurch widerlegt, daß das Arrestpfand nicht versteigert werden darf, also nicht zur Tilgung des Hauptanspruchs, sondern eben nur zu deren Sicherung bestimmt ist. Für uns ist übrigens die Frage ohne Belang.

594) R. G. III S. 416 flg.

forderniß irgend welcher den Anfechtungsgegner verantwortlich machender Kenntniß bei den unentgeltlichen Verfügungen ab; sie geht aber weiter: Sie verlangt auch auf Seiten des Gemeinschuldners selbst keinen subjektiven Thatbestand.

Sonach ist die Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen nach der Konkursordnung keine Anfechtung unerlaubter Handlungen, sondern eine Anfechtung erlaubter Handlungen. Daher bedarf es hier keiner Untersuchung über subjektiven Kausalzusammenhang, Verantwortlichkeit, Verdächtigkeit: Es genügt, daß die Gläubiger nicht voll befriedigt werden können, und daß der Schuldner innerhalb eines gewissen Zeitraums eine unentgeltliche Verfügung[595]) getroffen hat.

Die erstere dieser beiden Voraussetzungen ist sogar nicht einmal ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen. Gleichwohl muß sie vorliegen: Was wir für die Nothwendigkeit eines Schadens der Gläubiger bei Besprechung der auf Benachtheiligungswillen des Schuldners beruhenden Anfechtbarkeit gesagt haben, was dort über die Art dieses Schadens ausgeführt werden mußte[596]), gilt auch für die Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen[597]).

Unentgeltliche Verfügungen! Was ist das?

Die Motive[598]) sagen, es seien Schenkungen; Otto[599]) meint, nicht allein Schenkungen; v. Völderndorff[600]) glaubt, nicht alle Schenkungen.

---

595) Im objektiven Kausalzusammenhang mit dem Schaden der Gläubiger steht diese mit logischer Nothwendigkeit: Vergl. oben § 5 bei Note 80 und 81. — Korn S. 77 flg. meint, der Anfechtungsgrund sei unwiderlegbare Präsumtion der fraus des Schuldners und widerlegbare Vermuthung der Kenntniß hiervon; die geführte Widerlegung, also der Nachweis der bona fides, befreie aber nicht, sondern beschränke nur die Haftung auf den Betrag der Bereicherung. Trotzdem bleibe der Anfechtungsgrund die arglistige Handlung des Schuldners und die Theilnahme des Anfechtungsgegners an dieser Handlung (Korn S. 79 Zeile 21); es sei folglich auch die redliche Annahme ein Delikt (Korn S. 205 Abs. 1 a. E.). Also Delikt eines Gutgläubigen! Welche Unklarheit!

596) Vergl. oben § 16 bei Note 330 flg. und 338 flg.

597) Insbesondere ist letztere außerhalb des Konkurses nur zulässig, wenn die Zwangsvollstreckung zu einer Befriedigung des anfechtenden Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde (§ 2 des Reichsges. vom 21. Juli 1879).

598) Motive I zu § 30 des Entwurfs.

599) Otto S. 132 flg.

600) v. Völderndorff I, S. 304 flg.

Der Ausdruck „unentgeltliche Verfügung" deckt sich mit dem Ausdruck „Schenkung" nicht; der Sinn des ersteren ist umfassender. Indeß mit Worterklärungen lassen sich juristische Fragen nicht entscheiden. Die K. O. unterwirft die unentgeltlichen Verfügungen einem privilegium odiosum: Welches ist der Sinn dieser Ausnahmebestimmung?

Die nächstliegende Antwort ist, daß es besser sei, Jemandem einen Gewinn zu entziehen, als die Gläubiger einen Schaden leiden zu lassen. Indessen gilt auch hier der Einwand, den wir an der betreffenden Stelle des gemeinrechtlichen Theils [601]) erhoben haben: Wäre jene Erklärung richtig, so müßte auch der aus entgeltlichen Geschäften des Gemeinschuldners für den anderen Theil erwachsene Gewinn zur Konkursmasse gezogen werden können [602]).

In Wahrheit liegt der Grund für die ausnahmsweise ungünstige Behandlung der unentgeltlichen Verfügungen in deren ausnahmsweiser Stellung im Rechtsverkehr: Sie sind keine regelmäßige und für den Verkehr nothwendige Erscheinung; der Gewinn aus ihnen ist kein erworbener, sondern ein zugefallener; es ist besser, einen unberechenbaren und außergewöhnlichen Gewinn zu zerstören, als die Vereitelung von Rechten zu dulden, welche durch regelmäßige Erwerbsthätigkeit gewonnen sind.

Damit soll nicht gesagt werden, daß die Konkursordnung hinsichtlich des Begriffs der Unentgeltlichkeit auf genau demselben Standpunkt stehe, wie das gemeine Recht. Vielmehr waltet ein Unterschied insofern ob, als das letztere die subjektive Auffassung des Anfechtungsgegners wenigstens einigermaßen berücksichtigt, indem es die unentgeltliche Verfügung dann nicht ungünstiger behandelt, als andere Geschäfte, wenn der unentgeltliche und also außergewöhnliche Gewinn die Stelle eines anderen vertritt, welcher nach dem ordnungsgemäßen Gange des rechtlichen Verkehrs zu erwarten stand [603]). Für diese, vom praktischen Standpunkt aus vielleicht nicht unangemessene Milderung giebt die Konkursordnung keinen Anhalt.

Im Uebrigen stimmt jedoch die Konkursordnung mit dem gemeinen

---

601) Oben § 8 bei Note 218—220.

602) Uebrigens ist der Verlust eines bereits gemachten Gewinns ein damnum emergens.

603) Vergl. oben § 8 bei und in Note 220.

Rechte überein. Auch nach der ersteren also muß die Frage, was als unentgeltliche Verfügung zu gelten habe, aus der Person des Anfechtungsgegners, nicht aus derjenigen des Gemeinschuldners oder aus dem Verhältniß beider zu einander beurtheilt werden: Einerseits ist nicht blos dasjenige unentgeltliche Verfügung, wobei der Vermögensvermehrung auf Seiten des Dritten eine Vermögensverminderung auf Seiten des Gemeinschuldners entsprochen hat (Schenkung); andererseits hört eine Verfügung nicht deshalb auf, eine unentgeltliche zu sein, weil der Gemeinschuldner sie zur Vergeltung einer ihm gemachten Leistung getroffen hat (donatio remuneratoria) [604]; sondern es kommt darauf an, ob der Dritte seinerseits etwas in rechtlich erheblicher Weise um deswillen gethan oder gegeben hat, damit er vom Gemeinschuldner etwas erhalte, oder ob ohnedies aus dem Vermögen des Kridars ihm etwas zugeflossen ist.

Hinsichtlich der einzelnen Geschäfte können wir im Wesentlichen auf den gemeinrechtlichen Theil verweisen. Doch möchten wir hervorheben, daß ein objektives Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung wohl für den Beweis der Unentgeltlichkeit, nicht aber für diese selbst erheblich ist [605]; daß eine Schenkung, welche durch Bezahlung einer Schuld des Schenknehmers bewirkt wird, selbstverständlich nur dem letzteren gegenüber, nicht aber gegen seinen Gläubiger angefochten werden kann [606]; daß endlich eine Pfandbestellung nach der Konkurs-Ordnung, trotz § 23 no. 2, ebensowohl als unentgeltliche Verfügung angegriffen werden kann [607], wie nach gemeinem Recht, weil

---

604) Für Anfechtbarkeit der donatio remuneratoria auch Hullmann S. 147 no. 1, Striethorst LXXVI no. 13 S. 87. A. M. v. Böldendorff I, S. 304 flg.

605) A. M. Dernburg, S. 319 Abs. 1; vergl. oben § 8 bei Note 215. A. M. auch Krische, S. 715 flg.; was er aber anführt, ist de lege ferenda beachtenswerth, aber kaum entscheidend, de lege lata unerheblich. Wenn er bemerkt, man habe bei den unentgeltlichen Verfügungen von einem subjektiven Thatbestande absehen wollen, so übersieht er, daß der subjektive Thatbestand der Anfechtbarkeit etwas Anderes ist, als der subjektive Thatbestand der unentgeltlichen Verfügung (animus donandi etc.).

606) A. M. Kranichfeld S. 32 Abs. 3.

607) Dafür auch Otto S. 133; Krische S. 718; Jäckel S. 95. A. M. Motive I, S. 158, Hullmann S. 147 no. 1, beide aus dem Grunde, weil die Pfandbestellung die künftige Befriedigung einer Forderung vorbereite. Indeß wo

eine Pfandbestellung, die man nicht zu beanspruchen hat, etwas ganz anderes ist, als eine unentgeltliche Pfandbestellung [608]).

Unentgeltliche Verfügungen sind in der Regel nur dann anfechtbar, wenn sie im letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses vorgenommen worden sind; ausnahmsweise ist die Frist eine zweijährige, wenn der Gemeinschuldner zu Gunsten seines Ehegatten unentgeltlich verfügt hatte.

Die gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke sind unanfechtbar, sofern sie nicht dem Ehegatten des Gemeinschuldners gemacht worden sind [609]).

Wie viel auf Grund der Anfechtbarkeit der unentgeltlichen Verfügungen vom Anfechtungsgegner zur Konkursmasse zu gewähren ist, wird unten gezeigt werden.

8. Kapitel.

§ 29. Die Anfechtbarkeit der Sicherstellung und der verfrühten Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens seiner Ehefrau.

Noch weiter, als mit den im vorigen Paragraphen erörterten Bestimmungen geht die Konkursordnung im zweiten Theile des § 25 no. 2: Während dort nur unentgeltliche Verfügungen unter ein ungünstiges Ausnahmerecht gestellt werden, wird hier Sicherstellung oder verfrühte Erfüllung rechtsgültiger Ansprüche einem solchen unterworfen, und zwar gewisser aus dem ehelichen Güterrechte entspringender Ansprüche. An der bezeichneten Stelle wird nämlich für anfechtbar erklärt jede innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner [610]) bewirkte

Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau,

---

steht geschrieben, daß Geschäfte, welche entgeltliche Geschäfte vorbereiten, schon deshalb auch selbst entgeltlich sind? Was heißt übrigens „vorbereiten"?

608) Was die Motive I, S. 158 übersehen; vergl. oben § 8 bei Note 226.

609) A. M. Jäckel S. 99, weil dieselbe ratio legis Platz greife. Das mag sein, allein wenn es die Ansicht des Gesetzgebers gewesen wäre, so hätte er es ausgesprochen. Ein Uebersehen ist nach Lage der Sache gar nicht denkbar.

610) Vergl. indeß unten bei Note 621 flg.

sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraum geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

Der Sinn dieser Bestimmung ist im Wesentlichen klar [611]). Doch mag einiges Wenige über ihren legislativen Grund, über die eherechtlichen Ansprüche, welche in Frage stehen, über die Beschaffenheit der anfechtbaren Handlungen und endlich über die Bedeutung der zweijährigen Frist hier gesagt werden.

I.

In Ansehnng des legislativen Grundes bemerken die Motive [612]), es handle sich um eine aus dem Wesen der Ehe entnommene Ausnahmevorschrift; es solle dem Gemeinschuldner nicht gestattet sein, die Mittel, vermöge deren er sein Gewerbe betrieben und auf welche hin er Kredit erhalten habe, seinen Gläubigern zu entziehen. Man wird vielleicht etwas genauer sich ausdrücken, wenn man sagt, daß das Zusammenwirken zweier Umstände für den Gesetzgeber bestimmend gewesen ist: Einmal die Schwierigkeit, zu erkennen, daß ein Geschäftsmann, welcher das Vermögen seiner Ehefrau nutzt, mit fremdem Kapitale arbeitet; und zweitens die Häufigkeit, ja Regelmäßigkeit [613]) solcher Verhältnisse, vermöge deren jene Schwierigkeit zu einer außerordentlich verbreiteten Gefahr für die Kreditgebenden wird [614]).

II.

Die ehegüterrechtlichen Ansprüche, um welche es sich handelt, sind solche, durch deren vorzeitige Befriedigung oder freiwillige Sicherstellung etwas von der Konkursmasse fern gehalten werden kann, was

611) Aus den oben § 16 angeführten allgemeinen Gründen muß natürlich auch hier Ueberschuldung vorliegen, welche aber in der Regel durch die Konkurseröffnung bis zum Gegenbeweis dargethan sein wird. Vergl. oben § 16 bei Note 362.

612) Motive I, S. 176; II, S. 137.

613) Im einzelnen Falle ist die Gewährung eines unverzinslichen Darlehns für die Gläubiger des Darlehnsschuldners ebenso gefährlich.

614) Nicht als treibendes, wohl aber als Bedenken beschwichtigendes Motiv hat offenbar der deutsch-rechtliche Gedanke mitgewirkt, daß das Vermögen der Frau für die Schulden des Mannes hafte. Vergl. die oben bei Note 612 im Text wiedergegebenen Worte der Motive.

sonst in ihr nicht nur vorhanden sein würde, sondern woraus auch, wenn es vorhanden wäre, die Konkursgläubiger Befriedigung suchen könnten[615]; also mit anderen Worten, solche Ansprüche nicht, betreffs deren der Ehefrau ein Aussonderungsrecht oder ein Recht auf Absonderung im vollen Umfange zusteht. Im vollen Umfange, sagen wir; und denken dabei an den Fall, daß die Konkursgläubiger auf Nutzungen von einem der Ehefrau gehörigen Vermögensstück berechtigt wären[616]. Soweit sie hierin durch vorzeitige Befriedigung eines Aussonderungsanspruchs verkürzt werden, ist auch diese anfechtbar. Im Uebrigen aber stehen nur solche Forderungen der Ehefrau in Frage, wegen deren sie als Konkursgläubigerin auftreten muß.

Es ist bei Abfassung des Gesetzes gezweifelt worden, ob die Eigenschaft eines Anspruchs als eines ehegüterrechtlichen genüge, oder ob außerdem auch die anfechtbare Handlung gegenüber der Ehefrau selbst vorgenommen worden sein müsse, so daß deren Cessionar, wofern er sicher gestellt oder befriedigt sei[617], aus § 25 no. 2 nicht belangt werden könne. Die Motive[618] vertreten auf Grund der Tendenz des Gesetzes die letztere Meinung; in der Reichstagskommission[619] ist vermöge der Grundsätze von der Cession die erstere als richtig anerkannt worden. In der That ist diese richtig; nur nicht wegen des Rechts der Cession, sondern gerade kraft der Tendenz des Gesetzes.

Die Regeln über die Abtretung der Forderungen können nichts entscheiden. Es handelt sich um ein privilegium odiosum; wenn es über den Anspruch verhängt ist, so geht es auf den Cessionar über; betrifft es dagegen den ursprünglichen Gläubiger, also die Ehefrau, persönlich, so geht es nicht mit über. Ob aber dieses oder jenes der Fall sei, ist gerade die Frage. Wer also aus den Grundsätzen der Cession argumentirt, begeht einen circulus vitiosus.

Dagegen muß wegen der Tendenz des Gesetzes im Sinne der

---

615) Denn sonst würde diesen die Anfechtung nichts nützen.

616) K. O. § 1 Abs. 2.

617) Ein ganz anderer, mit dem im Text behandelten nicht zu verwechselnder Fall ist es, wenn die Ehefrau das Vermögensrecht, durch dessen Uebertragung sie sichergestellt oder befriedigt ist, cedirt; hier entscheidet K. O. § 33.

618) Motive II, S. 138.

619) Protokolle S. 23. Zu beachten die Zurückziehung des Frankenburgerschen Antrags.

Reichstagskommission entschieden werden. Offenbar wird die oben geschilderte Gefahr für den Kredit, welche das eheliche Güterrecht in sich birgt, weder beseitigt, noch gemildert, wenn die Ehefrau ihre Ansprüche einem Dritten abtritt. Es ist insbesondere unbegreiflich, weshalb die Motive[620]) bezweifeln, daß eine Illatenforderung in der Hand eines dritten Erwerbers noch die Natur des Eingebrachten hat. Welche andere Natur soll sie denn haben?

III.

Was drittens die anfechtbaren Handlungen angeht, so ist Sicherstellung oder Rückgewähr in Frage, welche nicht kraft Gesetzes oder in Folge eines vor dem zweijährigen Zeitraume geschlossenen Vertrags, also von Rechtswegen, geschehen mußte. Zweierlei ist hier von Wichtigkeit: Wer muß jene Handlungen vorgenommen haben? Und wie steht es mit dem besonderen Fall der Rückgewähr eines pfandrechtlich gesicherten Heirathsgutes?

Die Untersuchung der ersten Frage wollen wir an ein Beispiel anknüpfen. Nehmen wir an, daß der Ehemann innerhalb der zweijährigen Frist einen Vertrag über Rückgewähr des Frauenguts, beispielsweise binnen Jahresfrist, geschlossen hat, daß Bürgen für die Erfüllung jenes Vertrags aufgetreten sind, daß diese endlich, nachdem sie von der Frau belangt worden sind und gezahlt haben, noch vor dem Konkurse im Wege des Regresses sich ihrerseits vom Schuldner haben bezahlen lassen. Wie verhält es sich hier mit der Anfechtung?

Drei Fälle sind zu unterscheiden: Vorgehen der Bürgen gegen den Mann erstens kraft des beneficium cedendarum actionum; zweitens Geltendmachung der actio mandati contraria; drittens Anstellung der actio negotiorum gestorum contraria.

Im ersten Falle ist die Befriedigung der Bürgen anfechtbar, da hier vom Kridar die ihnen abgetretene Illatenforderung bezahlt worden ist[621]). Im zweiten Falle versagt das Gesetz seinem Wortlaut nach[622]) gleichfalls nicht, da der Auftrag des Gemeinschuldners an die Bürgen zur Bürgschaftsleistung das Bewirken einer Sicherstellung ist und als

620) Motive I, S. 177; II, S. 138. Gegen sie auch Jäckel S. 106.
621) Vergl. oben bei Note 617 flg.
622) Vergl. aber unten bei Note 626.

solches anfechtbar erscheint. Steht dagegen den Bürgen allein die actio negotiorum gestorum contraria zur Seite, so ist mindestens mit dem Wortlaut des Gesetzes nichts zu erreichen; denn hier hat der Gemeinschuldner die ehegüterrechtlichen Forderungen weder erfüllt noch sichergestellt.

Es fragt sich, ob man sich an den Wortlaut des Gesetzes binden soll. Thut man das, so ist es um den zweiten Theil des § 25 no. 2 so gut wie geschehen; durch Dazwischenschieben von Bürgen würde er dann unendlich leicht umgangen werden können.

Wir möchten uns unter diesen Umständen dem Wortlaut des Gesetzes nicht fügen. Es fragt sich aber, in welcher Richtung man über denselben hinaus gehen soll: Ob man die Bürgen zur Herausgabe dessen anzuhalten hat, was sie als Ersatz des von ihnen in Folge der auftragslosen Geschäftsführung Aufgewendeten erhalten haben, oder ob zur Rückgewähr des Empfangenen die von den Bürgen befriedigte Ehefrau zu nöthigen ist.

Das Letztere dürfte dem Sinne des Gesetzes entsprechen. Der Anspruch der Ehefrau ist es, über welchen das privilegium odiosum verhängt werden soll; und auf Grund der gesetzgeberischen Bestrebungen, welche dem zweiten Theile des § 23 no. 2 zu Grunde liegen, muß es für die Anwendbarkeit desselben ausreichen, wenn die Ehefrau, ökonomisch betrachtet[623]), auf Kosten des schuldnerischen Vermögens innerhalb des zweijährigen Zeitraums befriedigt oder sicher gestellt worden ist. Wenn die Worte des Gesetzes außerdem verlangen, daß eine Handlung des Schuldners die Ursache der Sicherstellung oder Befriedigung sein müsse, so ist das ein offenbares Versehen im Ausdrucke; denn da nicht ein Delikt oder die Theilnahme an einem solchen in Frage steht, sondern die Beseitigung eines an sich nicht rechtswidrigen Erfolgs zu Gunsten der Gläubiger, so liegt gar kein Grund vor, eine Thätigkeit des Gemeinschuldners zu verlangen[624]).

---

623) Die Römer haben in ähnlichen Fällen ähnlich argumentirt: l. 4 § 30 D. de doli mali et met. exc. 44, 4; ebenso im umgekehrten Fall, wenn es darauf ankommt, eine bestimmte Person vor einem Verluste zu sichern: l. 25 § 17 D. de hered. pet. V, 3; l. 32 D. de pactis II, 14; l. 8 § 4 D. ad S. C. Vellejanum XVI, 1; l. 9 § 3 D. de S. C. Macedoniano XIV, 6.

624) In ähnlicher Weise ist das Reichsgericht (Entscheid. in Strafs. Bd. I. S. 352) über den Wortlaut von R. Str. G. B. § 219 hinausgegangen.

Demnach möchten wir auch in dem Falle[625]), daß die Bürgen von dem Gemeinschuldner gestellt worden sind und also nach den Worten des Gesetzes der zwischen ihnen und dem Schuldner abgeschlossene Auftragsvertrag angegriffen werden müßte, als Sinn des Gesetzes ansehen, daß die Bürgen nicht behelligt werden dürfen, sondern vielmehr auch hier die Ehefrau das von ihnen Erhaltene zur Konkursmasse gewähren muß.

Wir wenden uns zur Rückgewähr eines pfandrechtlich gesicherten Heirathsguts.

Dieselbe hat nichts Besonderes, wenn das Eigenthum am Pfandgegenstande nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten zusteht; für die Anfechtung im Konkurse hat sie auch im umgekehrten Falle nichts Schwieriges; es geschieht vielmehr mit Rücksicht auf die Anfechtung außerhalb des Konkurses, wenn wir besonders davon sprechen.

Der Unterschied, der hier zwischen der Anfechtung im Konkurse und derjenigen außerhalb des Konkurses vorhanden ist, beruht darauf, daß die fraglichen ehegüterrechtlichen Ansprüche der Ehefrau in mindestens sehr vielen Rechtsgebieten mit der Konkurseröffnung fällig werden. Demnach können die Konkursgläubiger durch Befriedigung eines derartigen Anspruchs, für welchen eine dem Gemeinschuldner gehörige Sache als ausreichendes Pfand haftet, niemals geschädigt werden[626]). Außerhalb des Konkurses liegt die Frage weniger einfach. Wie ist es insbesondere hier zu halten, wenn eine Ehefrau wegen ihres Einbringens erste Hypothek auf einem bis zu seinem vollen Werthe hypothekarisch belasteten Grundstück ihres Ehemanns hat, das Grundstück gegen die einfache Uebernahme der Hypotheken käuflich an sich bringt und über ihr Einbringen quittirt? Wie ferner dann, wenn das Grundstück nicht zu seinem vollen Werthe belastet war, die Ehefrau auch nicht lediglich die Hypotheken übernimmt, sondern außerdem den Ueberschuß des Grundstückswerths über den Gesammtbetrag der Hypotheken baar an den Mann herauszahlt?

Betrachten wir zunächst den ersten dieser beiden Fälle. Es kann kein Zweifel sein, daß ein Geschäft der angegebenen Art ein Kaufgeschäft ist: Die Frau erhält ein Grundstück und kompensirt den Kauf-

625) Vergl. oben bei Note 622.

626) Vergl. oben im Text unter II.

preis mit ihrer Einbringensforderung. Dagegen ist fraglich, ob der Vertrag die anfechtbare Rückgewähr eines Heirathsguts enthalte. Zwar, wenn man auf die Lage der Frau sieht, scheint dies unbedenklich zu bejahen; denn einerseits erlischt in Folge des Vertrags ihre Einbringensforderung an den Mann, andererseits kommt sie in die Lage, durch Löschung der Einbringenshypothek und demnächstige Weiterveräußerung des Grundstücks den baaren Werth ihres Einbringens sich jeder Zeit zu verschaffen. Anders aber steht es, wenn man die Lage des anfechtenden Gläubigers erwägt: Durch das fragliche Geschäft ist seine Stellung nicht verschlechtert worden und durch Anfechtung desselben kann sie nicht verbessert werden.

Was das Erstere betrifft, so hätte er ohne jenes Geschäft allerdings eine Hülfshypothek auf dem Grundstück eintragen lassen können. Diese wäre aber nutzlos gewesen, da das Grundstück bereits zu seinem vollen Werthe verpfändet war; und nur auf Entziehung eines Werthes aus dem schuldnerischen Vermögen[627]), nicht auf Vereitelung einer abstrakten juristischen Befugniß kann die Anfechtung gestützt werden.

Zweitens aber ließe sich durch die Anfechtung nach § 7 Abs. 1 des Reichsges. vom 21. Juli 1879 weiter nichts erreichen, als daß das Grundstück so, wie es veräußert worden ist, also seinem vollen Werthe nach hypothekarisch belastet, zurückgewährt werden müßte. Was hätte der Anfechtende hiervon?

Man wird vielleicht glauben, daß unter solchen Umständen eine Anfechtung von Geschäften der bezeichneten Art überhaupt nicht vorkommt. Nichts wäre irriger, als diese Ansicht. Die bezeichneten Anfechtungsfälle sind außerordentlich häufig. Natürlich gehen die Gläubiger nicht vor, so lange noch res integra ist. Sobald aber die Ehefrau ihre Einbringenshypothek hat löschen lassen, bringen sie einstweilige Verfügungen aus und erheben Anfechtungsklagen. Sie stützen sich hierbei auf § 8 des mehrerwähnten Reichsgesetzes:

„Wegen Erstattung einer Gegenleistung ... kann der Empfänger sich nur an den Schuldner halten".

Unter Hinweis auf diese Vorschrift verlangen sie, daß die Ehefrau ihnen das Grundstück überlasse, wie es zur Zeit ist, also frei von ihrer Einbringenshypothek.

627) In dem oben § 4 bei Note 53—59 angegebenen Sinne.

Allein das ist ein Mißbrauch des § 8 cit.; derselbe will keineswegs den Grundsatz des § 7 Abs. 1 desselben Gesetzes umstoßen, wonach nur das zurückzugewähren ist, was veräußert ist, nicht aber an Stelle eines hypothekarisch belasteten Grundstücks ein pfandfreies.

Das betreffende Geschäft ist folglich unanfechtbar, da die Anfechtung keinen Grund und keinen Zweck haben würde.

Wie steht es nun in dem zweiten der erwähnten beiden Fälle, also wenn der Werth des Grundstücks den Gesammtbetrag der Hypotheken übersteigt, aber auch von der Frau die Differenz baar an den Mann herausbezahlt worden ist?

Hier würde die Anfechtung den Gläubigern allerdings nützlich sein; denn sie würden eine Hülfshypothek eintragen lassen können, welche einen wirklichen Vortheil böte. Gleichwohl ist die Anfechtung unzulässig; der Nutzen, welchen sie den Gläubigern brächte, wäre nur erreichbar auf Grund einer ungerechten Benachtheiligung der Ehefrau.

Das fragliche Geschäft zerfällt, soweit es hier in Betracht kommt, in zwei Theile: Die Rückgewähr des pfandrechtlich gesicherten Heirathsguts gegen Quittirung der Einbringensforderung und die Hingabe eines immobilen Werthes gegen Geld. Der letztere Theil, für sich allein angesehen, ist unanfechtbar; die Anfechtung des Ganzen aber würde nur um deswillen den Gläubigern einen Nutzen bringen, weil damit auch dieser an sich unanfechtbare Theil zum Schaden der Ehefrau hinfällig würde. Auf diese Weise den Gläubigern einen Vortheil zuzuwenden ist aber nicht die Absicht des Gesetzes; nur insoweit will ihnen dasselbe helfen, als ihnen durch Rückgewähr des Heirathsguts etwas entzogen wird. Dies geschieht in den besprochenen beiden Fällen nicht[628]).

---

628) Dabei ist vorausgesetzt, daß beim Vergleich zwischen dem Werthe des Grundstückes und dem Gesammtbetrage der aufhaftenden Hypotheken beachtet worden ist, daß die Einbringenshypothek nicht verzinslich ist. Im anderen Falle geht allerdings aus dem Vermögen des Schuldners etwas fort, und dann ist das Geschäft anfechtbar, ohne daß irgend etwas darauf ankäme, ob der Schuldner und die Ehefrau sich bewußt gewesen sind, daß das Geschäft für die letztere vortheilhaft sei. Denn die Rückgewähr eines Heirathsguts, wofern sie nur objektiv den Gläubigern Nachtheil bringt, ist als solche anfechtbar; subjektive Momente kommen nicht in Betracht.

IV.

Betreffs der Tragweite der zweijährigen Frist hat v. Völderndorff eine besondere Meinung aufgestellt. Er schlägt vor[629]), das Gesetz restriktiv dahin zu interpretiren, daß die Sicherstellung oder Rückgewähr nur dann angefochten werden könne, wenn sie innerhalb der zweijährigen Frist nach eingegangener Ehe erfolgt sei.

v. Völderndorff scheint indeß kein großes Vertrauen zu diesem seinem Vorschlag zu haben; denn nicht nur, daß er glaubt, die Gerichte würden sich seiner Interpretation nicht anschließen, sondern er schließt sich ihr an einer andern Stelle auch selbst nicht an. Er lehrt nämlich an diesem letzteren Orte[630]), daß die in § 103 no. 4 der preußischen Konkurs-Ordnung enthaltene Klausel „in stehender Ehe" in den § 25 no. 2 der R. K. O. deshalb nicht mit aufgenommen worden sei, um auch den im Brautstande bewirkten Abschluß von Verträgen der fraglichen Art für den Fall zu treffen, daß die Eheschließung stattfinde.

Wir sind mit der zuerst angeführten unter den beiden Meinungen v. Völderndorff's insofern einverstanden, als sie eine restriktive Behandlung der zweijährigen Frist verlangt. Doch scheint v. Völderndorff zu weit zu gehen. Es möchten nur solche innerhalb der zweijährigen Frist geschehene Handlungen von der Anfechtbarkeit auszunehmen sein, durch welche ein Heirathsgut oder eheweibliches Vermögen spätestens gleichzeitig mit seiner Gewährung an den Mann sicher gestellt worden ist, oder welche in Erfüllung einer spätestens gleichzeitig mit dem Empfange des Frauenguts übernommenen rechtsgültigen Verbindlichkeit zur Sicherstellung oder Rückgewähr geschehen. In diesem Falle sind die betreffenden Kapitalien beim Ehemann nie anders gewesen, als behaftet mit derjenigen Last, welche ihm ihre Sicherstellung beziehentlich baldige Rückgewähr auflegt; und es wäre durchaus ungerechtfertigt, den Gläubigern eines Ehemanns einen Anspruch auf das Frauengut unter Bedingungen einzuräumen, unter denen es dem Manne selbst niemals gehört hat. Von dieser Auffassung wird allem Vermuthen nach auch die Praxis ausgehen; thäte sie das nicht, so wären alle Ehe-

629) v. Völderndorff I, S. 316 a. Anf.
630) v. Völderndorff I, S. 313 bei Note 41.

frauen in Ansehung ihrer ehegüterrechtlichen Ansprüche für die ersten zwei Jahre nach der Eheschließung mit rechtlicher Nothwendigkeit ungesichert.

II. Abschnitt.

Die prozessuale Geltendmachung der Anfechtbarkeit.

9. Kapitel.

§ 30. Die prozessualen Voraussetzungen der Anfechtung.

Im gemeinen Recht dürfen Handlungen des Schuldners nicht eher angefochten werden, als bis durch Konkurseröffnung oder, sofern Anfechtung außerhalb des Konkurses in Frage steht, durch Beschaffung sämmtlicher Erfordernisse einer sofortigen Exekution konstatirt ist, daß das Recht des Schuldners, über sein Vermögen nach seinem freien Willen zu verfügen, keinen Schutz mehr verdient. Da im Reichsrecht nicht allein Handlungen des Schuldners der Anfechtung ausgesetzt sind, so könnte man zweifeln, ob hier ähnliche Bestimmungen angemessen seien. Indessen man würde mit Unrecht zweifeln. Denn es handelt sich auch im Reichsrecht bei der Anfechtung jedenfalls um die Vermehrung des schuldnerischen Vermögens im Interesse dritter Personen oder mindestens um die Tilgung von zu diesem Vermögen gehörigen und auf ihm lastenden Verbindlichkeiten, wider oder ohne den Willen des Vermögensinhabers.

Demnach darf auch hier im Interesse von Konkursgläubigern nur angefochten werden, nachdem der Konkurs eröffnet worden ist[631]; abgesehen vom Falle des Konkurses aber nur von demjenigen Gläubiger, dem ein vollstreckbarer Schuldtitel zur Seite steht[632].

Es ist hier von Wichtigkeit, zu wissen, welche Anfechtung an die Konkurseröffnung, welche an den vollstreckbaren Schuldtitel geknüpft ist; nicht nur deshalb, weil eben die Konkursgläubiger eines vollstreckbaren Titels nicht bedürfen, sondern auch wegen einiger weiterer Unterschiede zwischen der konkursmäßigen und der nicht konkursmäßigen An-

631) K. O. § 29 verb. mit § 102.

632) Reichsges. vom 21. Juli 1879 § 2. — Daß diese Bestimmungen nicht, wie man allgemein annimmt, den Zeitpunkt des Eintritts der Beschädigung bestimmen sollen, ist oben § 16 bei Note 376 flg. ausgeführt worden

fechtung [633]). Denn offenbar kommt jene Frage auf die allgemeinere hinaus, welche Anfechtung überhaupt als im Konkurse geschehen zu gelten hat und also den Vorschriften der Konkursordnung unterfällt, und welche nach dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 zu regeln ist.

Am nächsten liegt es, den Bestimmungen der Konkursordnung jede Anfechtung zu unterwerfen, welche während der Dauer eines Konkurses zu Gunsten von Gläubigern des Kridars stattfinden soll [634]). Indeß dem ist nicht so. Es können während eines Konkurses Anfechtungsprozesse geführt werden, bei denen nach dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 zu verhandeln und zu entscheiden ist; es können nach Beendigung eines Konkurses schwebende Anfechtungsprozesse fortgesetzt und sogar neue erhoben werden, bei denen die Vorschriften der Konkursordnung anzuwenden sind.

Das Erstere würde, abgesehen von der ausdrücklichen Vorschrift in § 13 Abs. 5 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879, schon daraus folgen, daß die konkursmäßige Anfechtung überhaupt nur zu Gunsten der Konkursgläubiger im Sinne vom achten Titel des ersten Buchs der Konkursordnung zulässig ist (K. O. § 22) und somit auch (§ 13 Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879) nur solche Anfechtungsprozesse durch die Konkurseröffnung unterbrochen werden, welche zu Gunsten von Konkursgläubigern [635]) angestrengt worden sind. Demnach dürfen Absonderungsberechtigte behufs Vermehrung des Objekts ihres Absonderungsrechts auch während des Konkurses Anfechtungsprozesse nach Maßgabe des gedachten Gesetzes von 1879 führen. Bei denen, deren Recht auf abgesonderte Befriedigung auf K. O. § 43 (beneficium separationis), § 44 (Theilungsklagen u. s. f.) oder § 45 (Lehn-, Stammguts- und Familienfideikommißgläubiger) beruht, wird dies sehr häufig vorkommen können; bei den anderen ist es nicht denkbar [636]).

---

633) K. O. § 23, § 27, § 29; Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 § 9 und § 12; cit. Reichsgesetz § 3 no. 2, 3 und 4 vergl. mit K. O. § 24 no. 2 und § 25; cit. Reichsgesetz § 7 Abs. 1 vergl. mit K. O. § 30 Abs. 1; K. O. §§ 31 und 32 vergl. mit cit. Reichsgesetz § 8.

634) So v. Bölberndorff I, S. 265 Note 15.

635) d. h. solchen, die sich als Konkursgläubiger melden könnten, wie aus § 13 cit. Abs. 5 hervorgeht.

636) Denn ihr Recht ist von denjenigen Thatsachen, deren Wirkung durch Anfechtung ausgeglichen werden kann, schon von vorn herein nicht abhängig.

Hinsichtlich der konkursmäßigen Anfechtung hat der Regierungsrath Hagens in der Reichstagskommission bemerkt, daß sie in der Dauer des Konkurses ihre Beschränkung habe[637]; derselben Ansicht ist Hullmann[638]; der entgegengesetzten Otto[639]. v. Völderndorff ferner behauptet[640],

> es müsse derjenige, dessen Rechtshandlung angegriffen werden solle, im Konkurse sich befinden; dagegen könne nicht verlangt werden, daß die Anfechtung im Konkursverfahren vorgebracht werde, sie könne im Gegentheil in diesem Verfahren sehr häufig gar nicht ausgetragen werden.

Um die letztgedachte Meinung vorwegzunehmen: Wir verstehen sie nicht. Im Konkursverfahren kann die Anfechtung überhaupt niemals ausgetragen werden, vielmehr bedarf es stets eines Spezialprozesses.

Was nun aber die Ansichten von Hagens und Hullmann einerseits, von Otto andererseits angeht, so stützt sich die erstere darauf, daß die Anfechtung ein Ausfluß des Konkursrechts sei, die letztere auf K. O. § 153 no. 2. Nun ist das Anfechtungsrecht nicht ein Ausfluß des Konkursrechts, sondern ein Theil davon; der Ausdruck „Ausfluß des Konkursrechts" ist viel zu allgemein und unbestimmt, um als Grundlage einer juristischen Schlußfolgerung dienen zu können.

Wir wüßten überhaupt nicht, weshalb Otto[640a] nicht Recht haben sollte. Das Anfechtungsrecht ist ein Theil des Konkursrechts; und zwar gehört es zu denjenigen Instituten des letzteren, welche der Bereitstellung der Theilungsmasse dienen. Es nimmt hier insofern einen besonderen Platz ein, als es sich nicht auf Vermögensstücke bezieht, die rechtlich schon Bestandtheile der Masse sind, sondern vielmehr auf solche, die es sein sollten[641]. Wenn nun der § 153 der K. O.

---

637) Protokolle S. 27.

638) Hullmann S. 137 Abs. 3.

639) Otto S. 155.

640) v. Völderndorff I, S. 265 Note 15.

640a) Dem sich neuerdings Korn S. 28 flg. angeschlossen hat.

641) Daraus geht ohne weiteres hervor, daß es verkehrt ist, das Anfechtungsrecht zu konstruiren auf Grund des Rechts der Gläubiger am Vermögen des Schuldners, mag man dieses letztere nun Konkursanspruch nennen, oder wie sonst; das Anfechtungsrecht ist diesem Rechte koordinirt, nicht subordinirt.

bestimmt, daß nach der Aufhebung des Konkursverfahrens der Konkursverwalter Vertheilungen vorzunehmen habe, wenn nachträglich

„zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden“[642],

so leidet es schon der bloße Sprachgebrauch des Wortes „gehörig“ sehr wohl, hierunter auch solche Werthe zu verstehen, die von Rechtswegen in der Masse sich befinden sollten. Entschieden für Otto's Ansicht ist aber der Zweck des Gesetzes. Weshalb soll die Befugniß des Verwalters, nachträglich noch Theilungsmasse herbeizuschaffen, nur auf einem von den beiden denkbaren Wegen, nicht auch auf dem andern ausgeübt werden dürfen? Dasselbe Bedenken, welches der Betretung des einen entgegen steht, läßt sich auch gegen die Beschreitung des andern vorbringen[643].

§ 31. Die Personen des Anfechtungsprozesses.

Betreffs der Personen des Anfechtungsprozesses haben wir zwei Fragen zu beantworten: Wer hat die Anfechtbarkeit geltend zu machen? Gegen wen kann sie geltend gemacht werden?

I.

Der § 29 der K. O. bestimmt:

„Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt“.

Diese Vorschrift ist glücklicher Weise klar. Bestritten ist aber — damit doch etwas bestritten sei —, in wessen Namen der Verwalter bei Verfolgung der Anfechtbarkeit handle, wem also das Anfechtungsrecht zustehe, wer als Partei im Anfechtungsprozesse zu gelten habe.

Die herrschende Meinung geht dahin, daß das Anfechtungsrecht den Konkursgläubigern[644] gehöre. In der That wird dies in der Konkursordnung mit dürren Worten ausgesprochen:

---

642) Diese Pflicht des Verwalters ist übrigens auch ein „Ausfluß des Konkursrechts“.

643) Kollision mit Anfechtungsklagen bez. Zwangsvollstreckungen einzelner Gläubiger. Wie die letztere zu lösen sei, brauchen wir nicht zu untersuchen; über die erstere entscheidet das bürgerliche Recht (B. G. B. § 764).

644) Im Sinne von Buch I Titel 8 der K. O. Dies gilt nicht blos, wie v. Völderndorff I, S. 273 aus der zufälligen Aenderung von „Gläubiger“ in

Rechtshandlungen ... können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ... angefochten werden[645]).

Mandry[646]) ist anderer Ansicht. Er geht davon aus, daß der Anfechtungsanspruch ein Aktivum sei, also dem Schuldner zustehe, weil damit „Beibringung von Werthen in die Masse tendirt und bewirkt" werde. Indessen der Inhalt eines Anspruchs kann keinen Aufschluß über das Subjekt desselben geben; es giebt bekanntlich Ansprüche auf Leistung an einen Dritten. Ueberdies ist es schlechterdings unzulässig, Jemandem, dem das Gesetz ein Recht verleiht, dasselbe durch Schlußfolgerungen zu eskamotiren. Wir unsererseits schließen so: Weil nach K. O. § 22 der Anfechtungsanspruch den Konkursgläubigern zusteht, ist er kein Bestandtheil der Masse; vielmehr ist er ein Anspruch der Konkursgläubiger auf Vermehrung der Masse. Dies ergiebt sich sehr deutlich daraus, daß es auch eine Anfechtung außerhalb des Konkurses giebt: Es ist offenbar gar nicht daran zu denken[646a]), daß derjenige, dessen Handlungen außerhalb des Konkurses angefochten werden, prozeßunfähige, durch den Anfechtungskläger vertretene Partei des Anfechtungsprozesses sei[647]). Sollte aber Jemand einwenden wollen, daß der Anfechtungsanspruch außerhalb des Konkurses ein anderer sei, als im Konkurse, so würde ihm der § 13 Abs. 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 widersprechen. Hiernach nämlich können Einreden, welche gegenüber einer vom Konkursverwalter erhobenen Anfechtung erlangt worden sind, nach Beendigung des Konkurses einzelnen etwa

---

„Konkursgläubiger" in § 23 no. 1 folgert, für die Anfechtung des § 23 no. 1, sondern für jede konkursmäßige Anfechtung, da die Absonderungsberechtigten als solche keinen Antheil an der Masse haben — und vergl. K. O. §30 Abs. 1 —, vom Verwalter niemals vertreten und endlich im § 22 der K. O. als anfechtungsberechtigt überhaupt nicht genannt werden.

645) K. O. § 22.

646) Mandry S. 388 flg. Aus gleichem Grunde Fitting S. 156 Note 1.

646a) Doch behauptet dies Fitting S. 156 Note 1 (ohne Beweis). Die Konsequenz wäre, daß der Anfechtungsgegner mit Forderungen gegen den Schuldner, nicht aber mit solchen gegen den Anfechtenden aufrechnen dürfte!

647) Mandry behauptet S. 389 Note 26 sogar, daß es nicht unmöglich wäre, den Schuldner, trotzdem daß er das Subjekt des Anfechtungsrechts sei, zugleich als möglichen Anfechtungsgegner aufzufassen. Der Gemeinschuldner würde in solchen Fällen zugleich Gläubiger und Schuldner des Anfechtungsanspruchs sein. Das geht denn doch nicht.

anfechtenden Gläubigern entgegengestellt werden. Nun aber beschränkt eine Einrede gewiß immer nur denjenigen Anspruch, welcher mit ihr behaftet ist, nicht auch außerdem noch einen anderen.

Daraus, daß der Verwalter in Anfechtungsprozessen die Gläubiger vertritt, diese aber Partei sind (C. P. O. §§ 50—55), folgt, daß die Konkursgläubiger nicht als Nebenintervenienten auftreten dürfen; denn es kann nicht eine Partei ihrem gesetzlichen Vertreter, sondern es kann nur ein Dritter[648]) einer Partei zum Zwecke der Unterstützung beitreten (C. P. O. § 63 Abs. 1).

II.

Anfechtungsgegner ist in der Regel derjenige, welcher das anfechtbare Geschäft mit dem Gemeinschuldner abgeschlossen[649]) oder das anfechtbar Veräußerte unmittelbar nach demselben erworben[650]) oder seinerseits die anfechtbare Handlung selbst vorgenommen[651]) hat oder endlich — im Falle des § 25 no. 2, zweite Hälfte — der Gläubiger in der ehegüterrechtlichen Forderung[652]).

Die Erben dieser Personen haften nach K. O. § 33 Abs. 1 in demjenigen Umfang, in welchem nach bürgerlichem Rechte die Erben überhaupt für die Schulden ihrer Erblasser haften.

Was andere Rechtsnachfolger angeht, so bestimmt sich deren Verantwortlichkeit nicht mehr, wie im gemeinen Recht, nach allgemeinen Grundsätzen, sondern nach positiven Vorschriften. Und zwar unterscheidet hier das Gesetz (§ 33 Abs. 2 der K. O.): Diejenigen, welche mit dem Gemeinschuldner in einem Familienverhältnisse stehen, welches zur Begründung der Rechtsvermuthung des § 24 no. 2 mitwirken würde, haften strenger, als andere Personen.

---

648) So auch Korn S. 24 und Schultze S. 69. Anders die von diesem S. 68 Note 2 und 3 angeführten. — Der Verwalter ist übrigens bei Erhebung von Anfechtungsklagen nach Maßgabe der Bestimmungen in K. O. § 121 no. 2 an die Genehmigung des Gläubigerausschusses gebunden; vergl. Striethorst LXXIX no. 50 S. 306 flg., insbes. S. 309.

649) In den meisten Fällen von K. O. §§ 23, 24, 25.

650) z. B. im Falle der Dereliktion seitens des Gemeinschuldners. Vergl. oben § 8 bei Note 188.

651) Pfändung und Arrestschlag ꝛc., die aus § 23 no. 1 angefochten werden. Vergl. oben § 24 bei Note 490 bis 497.

652) Vergl. oben § 29 bei Note 621—625.

Die letzteren können nur unter folgenden Voraussetzungen belangt werden:

a) Wenn ihr Rechtsvorgänger[653]), gleichviel aus welchem Anfechtungsgrunde[654]), haftbar war;

b) wenn sie zur Zeit ihres Erwerbs davon unterrichtet waren, daß der Gemeinschuldner das betreffende Vermögensstück in der Absicht veräußert habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen.

Dagegen haften die gedachten Familienglieder schon dann, wenn

a) ihr Rechtsvorgänger anfechtbar erworben hatte;

b) sie von der gegen den letzteren begründeten Anfechtbarkeit Kenntniß hatten.

Dies ist das Materielle, und prozessualisch ist noch zu beachten, daß jene Familienglieder den Mangel der zu b) erwähnten Kenntniß beweisen müssen.

Man streitet hinsichtlich der Wirkung der Rechtskraft von Urtheilen, die gegenüber den Rechtsvorgängern der in § 33 Abs. 2 der K. O. bezeichneten Personen gesprochen worden sind, auf die gegen die letzteren selbst erhobenen Anfechtungsprozesse. Hier ist zweierlei wohl zu bedenken: Einmal ist der Rechtsnachfolger in den fraglichen Fällen nicht Successor in die durch das Urtheil festgestellte Schuld, sondern in deren Gegenstand. Demnach würde schon nach den Grundsätzen sowohl des gemeinen als auch des sächsischen Privatrechts von einer Rechtskraft ihm gegenüber nicht die Rede sein können. Zweitens aber haftet er nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes nicht schon kraft des Rechtsnachfolgerverhältnisses, sondern nur unter besonderen weiteren Voraussetzungen. Der Anspruch, der gegen ihn geltend gemacht

653) Aus den oben § 9 bei Note 259 angegebenen Gründen muß die Anfechtung stets gegen sämmtliche Rechtsvorgänger des Beklagten bis zum unmittelbaren Nachfolger des Schuldners hinauf begründet gewesen sein, sowohl in diesem Falle, als auch in dem an zweiter Stelle im Text besprochenen, die Familienglieder des Schuldners betreffenden. A. M. (ohne Gründe) v. Völderndorff I, S. 361 Note 16, v. Wilmowski S. 128 no. 2; Jäckel S. 116.

654) Wenn Jäckel S. 116 flg., Hullmann S. 156 no. 3 Abs. 5 lehrt, weil die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger durch das consilium fraudandi des Schuldners bedingt sei, so müsse auch diejenige gegen den Rechtsvorgänger darauf beruhen, so ist das unlogisch. Kann nicht der Schuldner sehr wohl bei einer Handlung, deren Anfechtbarkeit seinem Geschäftsgenossen gegenüber auf § 23 no. 1 oder § 25 der K. O. beruht, die fragliche Absicht gehabt haben? Richtig Motive II, S. 152; v. Wilmowski S. 130 no. 6.

wird, ist also nicht derjenige, über welchen in Folge der gegen seinen Vorgänger erhobenen Anfechtung entschieden ist. Demnach kann angesichts des § 293 Abs. 1 der C. P. O. von Wirkung der Rechtskraft für und gegen die Sondernachfolger keine Rede sein[655]).

Der Gemeinschuldner wird im Allgemeinen als möglicher Anfechtungsgegner von der Konkursordnung nicht in's Auge gefaßt. Gleichwohl wüßten wir nicht, weshalb er schlechterdings niemals sollte Beklagter sein können[656]). Er kann es sein unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten: Erstens, wenn er eine verbotene anfechtbare Handlung vorgenommen hat, vom Gesichtspunkt des Deliktsanspruchs aus[657]); zweitens als Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen worden ist, auf Grund von K. O. § 33. Diese Möglichkeiten sind keineswegs unpraktisch; sie werden deshalb wichtig, weil nach K. O. § 1 der Konkurs allein auf diejenigen der Zwangsvollstreckung unterliegenden Theile des schuldnerischen Vermögens sich bezieht, welche dem Kridar zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört haben.

§ 32. Die Form der Geltendmachung der Anfechtbarkeit.

Der Konkursverwalter kann unzweifelhaft die Anfechtbarkeit im Wege der Klageerhebung[658]) geltend machen. Außerdem behauptet

655) Die Motive II, S. 151, sowie Hullmann S. 156 Abs. 3 sagen, Rechtskraft läge nicht vor, wohl aber ein „materielles Präjudiz", welches, wenn die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger zurückgewiesen sei, die Geltendmachung derselben gegen einen Rechtsnachfolger ausschließe. Derartige „materielle Präjudizien" neben dem § 293 Abs. 1 cit. haben keine gesetzliche Grundlage. Wie die Motive auch Jäckel S. 112, weil der Anspruch gegen den Rechtsnachfolger nur zustehe, wenn er gegen den Vorgänger begründet sei. Sehr wahr! Indeß in solchen Fällen, wo logisch und materiell-rechtlich der eine Anspruch für den andern präjudiciell ist, kann die Frage nach der Rechtskraft für dritte Personen überhaupt allein entstehen; wenn daher das Recht diese Frage verneint, so verneint es sie gerade für diese Fälle. — Der richtigen Ansicht ist Otto S. 116.

656) Anders die herrschende Meinung; für uns Fuchs S. 54 bei Note 10.

657) Windscheid § 326 no. 1; B. G. B. § 773. — Die anfechtbaren Handlungen des § 25 der K. O. sind keine verbotenen Handlungen; und auch die Fälle des § 23 no. 1 kommen hier nicht alle in Frage, weil hier der Gemeinschuldner nicht immer thätig geworden sein muß. Vergl. oben § 24 bei Note 490 flg., übrigens auch zu K. O. § 25 oben § 29 bei Note 622 flg.

658) Die Klage kann unter Umständen auch eine Feststellungsklage sein

man allgemein, daß er auch einredeweise sie vorschützen könne. Darüber, ob eine Replik der Anfechtbarkeit zulässig sei, sind die Meinungen getheilt.

Auch wir glauben, daß es eine Einrede der Anfechtbarkeit giebt; die Replik wollen wir einstweilen dahin gestellt sein lassen[659]). Indessen die Frage ist weit weniger einfach, als man annimmt. Es steht sowohl der Replik als auch der Einrede ein Bedenken entgegen, was bisher, soviel ich sehe, nicht einmal angeregt, geschweige denn aus dem Wege geräumt worden ist.

Wir haben gesehen, daß der Verwalter bei Geltendmachung der Anfechtbarkeit als gesetzlicher Vertreter der Gläubiger handelt, und daß diesen der Anfechtungsanspruch zusteht. Nun kann eine einredeweise Verfolgung desselben nur gegen Aussonderungs- oder Absonderungs- oder Feststellungsklagen (K. O. § 129 flg.) vorkommen; eine replikatorische ferner nur zur Abwehr von Einreden, die gegen klageweise Verwirklichung von Ansprüchen des Schuldners erhoben werden. Nach der herrschenden Meinung aber ist der Verwalter, sowohl wenn er die Masse vertheidigt als auch wenn er Aktivforderungen einklagt, der gesetzliche Vertreter entweder des Schuldners — wobei hauptsächlich nur darüber gestritten wird, ob er dessen unmittelbarer Vertreter sei oder ob er als Beauftragter der Gläubiger zu gelten habe, die ihrerseits als Vertreter des Schuldners anzusehen wären — oder der als juristische Person aufzufassenden Masse[660]).

Wäre diese herrschende Meinung berechtigt, so könnte der Verwalter die Anfechtbarkeit einredeweise niemals verfolgen; ebensowenig, wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft, welcher gleichzeitig Vormund

---

(C. P. O. § 231). Erkennt hier der Beklagte den Anfechtungsanspruch an, so findet C. P. O. § 278 Anwendung, was v. Sarwey S. 127 übersieht. Vergl. gegen ihn auch v. Völderndorff I, S. 340 Note 13. — Ueber die Aufnahme solcher Anfechtungsprozesse, welche vor der Konkurseröffnung seitens einzelner Gläubiger anhängig gemacht waren, und die Wirkung dieser Aufnahme: Reichsges. vom 21. Juli 1879 § 13, Abs. 1—3, verbunden mit den von der K. O. abweichenden Fristbestimmungen in § 3 no. 2; Kranichfeld S. 58.

659) Vergl. unten bei Note 704.

660) Vergl. Schultze S. 37. — Die Meinung derjenigen, welche eine Rechtsnachfolge der Gläubiger in das Vermögen des Schuldners annehmen, dergestalt, daß der letztere sein der Konkursmasse verfallenes Vermögen verliert, darf wohl als ausreichend widerlegt und veraltet gelten.

eines Minderjährigen ist, in einem Prozesse, den er für die Aktiengesellschaft führt, einredeweise Rechte des Minderjährigen geltend machen könnte: Exceptiones ex jure tertii non sunt attendendae.

Eine derartige Beschränkung der Thätigkeit des Verwalters wäre praktisch unerträglich; und wir sind weit entfernt, ihr das Wort zu reden. Andererseits erscheint uns die Schlußfolgerung, vermöge deren wir dazu gelangt sind, einfach und zuverlässig; es könnte der Praxis also nur geholfen werden, wenn die noch nicht untersuchte Prämisse dieser Schlußfolgerung, nämlich die Richtigkeit der herrschenden Meinung über die Stellung des Verwalters in Prozessen, die er, kurz gesagt, „für die Masse" führt, hinfällig wäre.

Sie ist in der That hinfällig. Der Verwalter ist auch in diesen Prozessen der gesetzliche Vertreter der Gläubiger; diesen[661]) stehen die Ansprüche zu, welche er klageweise verfolgt, und sie sind die Angegriffenen, wenn er verklagt wird.

Die Gläubiger sind nicht Successoren des Gemeinschuldners in dem Sinne, daß dessen Berechtigung wegfiele und die ihrige an die Stelle träte; wohl aber in einem ähnlichen Sinne. Sie haben nämlich gegen den Schuldner einen Anspruch[662]) auf Erlangung eines Pfandrechts an jedem einzelnen zum schuldnerischen Vermögen gehörigen Vermögensstück und stehen mit Bezug auf jede Sache oder Forderung, betreffs deren dieser Anspruch verwirklicht ist, dem Schuldner gegenüber in derselben Weise[663]) im Rechtsnachfolgerverhältniß, wie der Inhaber eines Pfandrechts, namentlich eines Arrestpfandrechts[664]), gegenüber dem Eigenthümer der Pfandsache.

---

661) Wenn auch nicht allein; vergl. unten bei Note 673.

662) Wir würden an sich kein Bedenken tragen, diesen Anspruch Konkursanspruch zu nennen (vergl. das Analoge „Arrestanspruch"); wir unterlassen es jedoch, weil man in der neueren Literatur darunter etwas ganz Anderes versteht.

663) Nämlich mit Bezug auf das jus in re.

664) C. P. O. § 810 Abs. 1. Der Anspruch der Konkursgläubiger hat mit dem des Arrestgläubigers folgende Aehnlichkeiten: a) Er geht auf Pfandrecht, ist also civilrechtlich; b) er kann außergerichtlich nicht verwirklicht werden, obschon er unabhängig von der Anerkennung des Richters besteht; c) er wird nicht schlechthin durch die richterliche Anerkennung, sondern unter Umständen erst durch weitere Handlungen befriedigt (vergl. unten bei Note 670 flg.); d) er dient zur Sicherstellung einer Vollstreckung; e) er beruht nicht auf dem Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels.

Damit soll keineswegs behauptet werden, daß die Gläubiger am Vermögen des Schuldners eine Generalhypothek hätten; wohl aber soll die alte Lehre der Römer vom pignus praetorium ihrer privatrechtlichen Grundauffassung nach wieder hergestellt werden.

Das mag etwas archaistisch klingen; indeß ich kann nicht anders.

Das pignus praetorium war nichts weniger als eine Generalhypothek, d. h. die immittirten Gläubiger erlangten durch die Immission keineswegs ein Pfandrecht an sämmtlichen einzelnen Bestandtheilen des schuldnerischen Vermögens[665]). Die prätorische Einweisung erzeugte vielmehr nur einen Anspruch der Gläubiger auf Erlangung eines Rechts an den körperlichen Sachen[666]) des Schuldners, welches seinerseits erst mit der Ergreifung des Besitzes der einzelnen[667]) Sachen entstand und mit dem Pfandrecht folgende wesentliche Eigenschaften gemein hatte[668]):

a) Es wurde von nachträglichen Verfügungen des Gemeinschuldners nicht berührt;

b) es diente zur Verwirklichung anderweiter Ansprüche, indem die betreffenden Sachen entweder bis zur Befriedigung retinirt oder zur Herbeiführung der Befriedigung verkauft werden durften;

c) es erlosch mit der Erreichung des zu b) gedachten Zieles;

d) seit Justinian begründete es einen gegen Jedermann verfolgbaren Anspruch[669]).

Nach der Konkursordnung steht es etwas anders mit dem Umfange, in welchem der Anspruch der Gläubiger auf Pfandrecht das

665) Mindestens nicht, bevor ihnen Justinian die actio hypothecaria gewährt hatte; und auch dann nicht, denn Justinian knüpft die actio nicht schon an die Einweisung, sondern an die Besitzergreifung (.. humanius esse perspeximus, dare recuperationem creditori, quocunque modo possessionem amittat. l. 2 C. de praet. pign. VIII, 22).

666) Forderungen wurden von diesem Pfandrecht entweder überhaupt nicht oder mindestens nur ausnahmsweise ergriffen. Vergl. Dernburg, Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts S. 400—404, S. 415; Bachofen, das römische Pfandrecht S. 466.

667) L. 26 § 1 D. de pignorat. act. XIII, 7: Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem; und Besitz an einem Vermögen ist unmöglich (Windscheid § 152 Note 3).

668) Dernburg a. a. O. (oben Note 666) S. 408.

669) L. 2 C. de praet. pign. VIII, 22.

schuldnerische Vermögen ergreift, und mit dem Zeitpunkt der Entstehung der einzelnen Pfandrechte. Erstens nämlich richtet sich hier jener Anspruch gegen alle verwerthbaren Bestandtheile des schuldnerischen Vermögens überhaupt; und zweitens verwirklicht er sich hinsichtlich der beweglichen Sachen schon mit der Konkurseröffnung selbst (K. O. §§ 6 und 12), in Ansehung der Forderungen im Allgemeinen [670]) in demselben Augenblicke, betreffs der unbeweglichen Sachen aber in einem von der Landesgesetzgebung zu bestimmenden Zeitpunkte [671]), welcher meist derjenige des Eintrags der Konkurseröffnung in das Hypothekenbuch sein wird.

Das sind aber offenbar unerhebliche Unterschiede. Das Wesentliche, daß in Folge der Konkurseröffnung, aber doch nicht ohne weiteres durch sie ein Recht der Gläubiger an den Bestandtheilen des schuldnerischen Vermögens entsteht, welches die oben bei Note 668 von a—d aufgezählten Wirkungen hat, ist der Konkursordnung mit dem römischen Rechte gemein [672]).

Hieraus ergiebt sich die Stellung des Konkursverwalters: Wenn er klageweise „die Masse" vertritt, so stellt er eine actio hypothecaria der Gläubiger an oder verfolgt einen Anspruch, der diesen verpfändet ist; vertheidigt er die Masse, so vertritt er die Konkursgläubiger als Pfandgläubiger gegen Angriffe auf die Existenz (Aussonderungsansprüche) oder den Rang (Absonderungsansprüche) oder die Ausschließlichkeit (Feststellungsprozesse) ihres Rechts.

Damit soll nicht verneint werden, daß der Verwalter in allen diesen Prozessen auch den Schuldner vertritt; er vertritt ihn allerdings, aber gleichzeitig mit ihm auch die Gläubiger [672a]). Wir denken uns das

---

670) Beschränkung in K. O. §. 7.

671) So erläutern wenigstens die Motive II, S. 336 den § 106 der K. O., welcher von der Reichstagskommission in beiden Lesungen ohne Debatte angenommen worden ist. Vergl. auch Motive II, S. 57.

672) Vergl. insbesondere K. O. § 6.

672a) v. Canstein S. 475 lehrt, der Konkursverwalter vertrete nur die Gläubiger, nie den Kridar, weil dieser in Ausübung einer Dispositionsbefugniß, die ihm nicht zustehe, einer Vertretung nicht bedürfe. Diese Auslegung des Wortes „Befugniß" in K. O. § 5 Abs. 1 scheitert jedoch mindestens daran, daß es eine schreiende Ungerechtigkeit sein würde, daß die Gläubiger und der Verwalter endgültig darüber befinden können, zur Befriedigung welcher Forderungen die Masse

Verhältniß ähnlich[673]), wie Folgendes: Der Eigenthümer eines Grundstücks und gleichzeitig mehrere Andere, von denen jeder an dem nämlichen Grundstück ein Gebrauchsrecht[674]) hat, haben einen und denselben gesetzlichen Vertreter; ein Theil des Grundstücks ist in fremdem Besitz. Der Vertreter klagt auf Herausgabe dieses Theils[675]), wird aber auch von einem Dritten, der sich ebenfalls Gebrauchsrecht zuschreibt, auf Mitgewährung des Gebrauchs[676]), weiter von einem, der das Eigenthumsrecht an dem Grundstück seinerseits in Anspruch nimmt, auf Herausgabe[677]), endlich von einem, der behauptet, daß ihm eine den Gebrauchsrechten vorgehende[678]) Hypothek zustehe, mit der Pfandklage belangt.

Wir wollen die Richtigkeit dieser Auffassung dadurch beweisen, daß wir sie erstens gegen einige Einwürfe vertheidigen, die aus Erörterungen in den Motiven entnommen werden könnten, zweitens aber darthun, daß die von den Motiven aufgestellte und von Schultze[679]) ausgeführte Theorie vom Konkursanspruch unhaltbar ist.

I.

Die Motive untersuchen die von uns vertretene Lehre der römischen Juristen nicht; sie wenden sich nur gegen die Annahme einer Generalhypothek der Gläubiger am Vermögen des Schuldners[680]). Soweit sie

---

verwendet werden darf (K. O. § 132), wenn nicht der Verwalter Vertreter des Kridars wäre.

673) Aehnlich, aber nicht ganz so; insbesondere ist der Verwalter im Konkurse nicht Vertreter der vom ihm vertretenen Personen überhaupt, sondern nur in gewissem Umfange. Vergl. Schultze S. 44 flg.; S. 89; S. 95—100.

674) Wir wählen das Gebrauchsrecht, weil dasselbe untheilbar ist; denn auch das Recht der Gläubiger an den Vermögensstücken des Schuldners ist untheilbar (cf. unten Note 700). — Dafür, daß Mehreren an derselben Sache ein Gebrauchsrecht zustehen kann: l. 10 § 1 D. communi divid. X, 3; vergl. auch l. 19 § 4 D. eod. (Berechtigung Mehrerer an — ebenfalls untheilbaren — Grunddienstbarkeiten).

675) Analogie für Geltendmachung einer Aktivforderung seitens des Konkursverwalters.

676) Analogie für Anmeldung einer Konkursforderung.

677) cf. Aussonderungsanspruch!

678) cf. Absonderungsanspruch!

679) Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen.

680) Motive II, S. 15 flg. — Was die Motive II, S. 10 flg. über die Ver-

hier das Bedenkliche eines im Augenblicke der Konkurseröffnung an sämmtlichen Werthen des schuldnerischen Vermögens gleichzeitig entstehenden Pfandrechts der Gläubiger erörtern, berühren sie uns nicht; denn bei unserer Theorie beginnt das Recht der Konkursgläubiger an keinem Stücke des schuldnerischen Vermögens früher, als es nach dem Gesetz beginnen soll[681]). Dagegen würden folgende Einwendungen, wenn sie überhaupt treffend wären, auch uns widerlegen:

a) Die Konkursgläubiger hätten keinen exekutorischen Titel, also keinen Anspruch auf Pfandrecht;

b) ein Recht der Gläubiger auf Konkurs bestehe schon vor der Beschlagnahme der einzelnen Vermögensstücke und werde gerade durch dieselbe verwirklicht;

c) das Pfandrecht würde nicht Grundlage der Anfechtbarkeit der vor seinem Beginn bewirkten Rechtshandlungen sein können;

d) Pfandrecht schließe nicht den nothwendigen Dispositionsverlust des Schuldners in sich;

e) vom Standpunkt des Pfandrechts aus lasse sich die Frage der Haftung der Konkursgläubiger für die im Konkurse bewirkten Veräußerungen nicht befriedigend lösen;

f) ein Pfandrecht reiche nicht hin, die Rechte des Gemeinschuldners nach allen Richtungen zu verwerthen, insbesondere nicht

α) die schwebenden Verträge desselben zu erfüllen;

β) die anhängigen Prozesse fortzuführen.

Diese Einwendungen der Motive sind zwar zahlreich genug; überzeugend aber sind sie keineswegs. Wir entgegnen:

Zu a): Auch der Arrestkläger hat keinen exekutorischen Titel, so wenig wie der Konkursgläubiger, und bekommt doch ein Pfandrecht (C. P. O. § 810, Abs. 1).

Zu b): Ein Recht der Gläubiger auf Konkurs besteht allerdings schon vor der Konkurseröffnung; es ist vollkommen analog dem Rechte des Arrestklägers auf Arrest[682]), welches gleichfalls schon vor dem

führung zu Abwegen sagen, welche die Theorie von der Generalhypothek für den Gesetzgeber mit sich bringe, geht uns nichts an. Es ist Sache des Gesetzgebers, zur Ziehung falscher Konsequenzen aus richtigen Analogien sich nicht verführen zu lassen.

681) Vergl. oben bei Note 670 flg.

682) Vergl. oben Note 664.

Arrestbeschluß und der Arrestanlegung vorhanden ist. Warum aber in dem Rechte auf Konkurs nicht das Recht auf Pfandrecht soll enthalten sein können, verstehen wir nicht.

Zu c): Die Anfechtbarkeit ist überhaupt nicht aus dem Rechte der Gläubiger auf die Konkursmasse oder an derselben zu erklären, da die Vermögenswerthe, auf welche die Anfechtung sich richtet, nicht zur Masse gehören[683]). Die Anfechtbarkeit der §§ 24 und 25 der K. O. wird auch von den Motiven nicht auf den „Konkursanspruch" gestützt[684]); und kann schon deshalb auf diesen ebenso wenig wie auf ein Pfandrecht gestützt werden, weil die anzugreifenden Handlungen meist ebensowohl vor Entstehung des „Konkursanspruchs" als vor derjenigen des Pfandrechts liegen.

Zu d): Es ist eine wesentliche Eigenschaft jedes Pfandrechts, daß Dispositionen des Pfandschuldners über das Pfandobjekt dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam sind[685]).

Zu e): Die Haftung des Pfandgläubigers wegen Eviktion ist wenigstens im gemeinen und sächsischen Recht eine äußerst beschränkte[686]). Sie ist übrigens durchaus positiv-rechtlich und vom Wesen des Pfandrechts unabhängig. Wir sind sehr weit entfernt, Alles, was von anderen Pfandrechten gilt, ungeprüft analog auf das Pfandrecht der Konkursgläubiger anzuwenden[687]).

Zu f): Die Lage dessen, der Pfandrecht an einer Forderung hat, ist im gemeinen und sächsischen Recht derjenigen eines Cessionars sehr ähnlich[688]); das Wesen des Pfandrechts steht also einer solchen Aehnlichkeit mindestens nicht entgegen. Nun kann aber bekanntlich auch der Cessionar

α) in einer auf einem gegenseitigen Vertrag beruhenden Forderung

---

683) Vergl. oben § 30 Note 641.

684) Wohl aber von Schultze. Vergl. oben § 26 Note 561.

685) Anders ist auch die Stellung des Kridars nicht. So selbst Schultze S. 28 flg.

686) Windscheid § 237 bei Note 21; B. G. B. § 950 flg.

687) Auch die Römer thaten das nicht. Vergl. Windscheid § 233 Note 19.

688) Nicht gleich: Windscheid § 239 Note 10; B. G. B. § 503 (vergl. Annalen des Kgl. Sächs. Ober-App.-Gerichts N. F. III S. 471 flg.) — Vergl. auch C. P. O. § 736 flg.

den Vertrag unerfüllt lassen (cf. K. O. § 15, § 17 no. 1) und muß ihn, wenn er ihn geltend machen will, seinerseits erfüllen [689]);

β) in einen über die fragliche Forderung anhängigen Prozeß eintreten [690]).

II.

Wir kommen zur Theorie vom Konkursanspruch. Früher haben wir zu zeigen versucht, daß dieselbe zur Erklärung der Anfechtbarkeit vom privatrechtlichen Gesichtspunkt aus nicht tauglich ist; jetzt haben wir zu beweisen, daß sie auch dem Konkursrecht überhaupt nicht Genüge thut.

Wir legen allenthalben die eingehende Konstruktion des Konkursrechts zu Grunde, welche Schultze auf dem Boden der Lehre vom Konkursanspruche gegeben hat.

Der Konkursanspruch ist nach ihm (S. 14 flg.):

„Der durch die Zahlungsunfähigkeit erzeugte und durch die Konkurseröffnung formell deklarirte und festgestellte Anspruch der Konkursgläubiger a) auf ausschließliche, b) auf sich gegenseitig beschränkende, c) auf formell gemeinsame Befriedigung aus der Konkursmasse“ [691]).

Fragen wir nach den näheren Eigenschaften dieses Anspruchs, so erhalten wir folgenden Aufschluß: Er ist nicht ein Recht am Vermögen

---

689) Windscheid § 335 Note 14.

690) C. P. O. § 236. Hiernach freilich nur mit Zustimmung des Gegners; es steht aber nicht nur nichts entgegen, die Vorschrift in K. O. § 8 als eine Ausnahme von dieser Regel aufzufassen, sondern das Gesetz faßt sie sogar augenscheinlich selbst so auf, da es als Form der Aufnahme diejenige vorschreibt, welche für den Rechtsnachfolger gilt. Schultze nennt das freilich eine unzulässige Reminiscenz des Gesetzes an alte Successionsvorstellungen; indeß unter Zuhülfenahme solcher Redensarten läßt sich dem positiven Recht jede Konstruktion aufzwingen.

691) Also ein Anspruch, der in seinen drei Richtungen ebenso viele verschiedene Schuldner oder Gruppen von Schuldnern hat, und dessen beide erste Richtungen (a und b) ihrem Inhalte nach als materiell-rechtlich, dessen dritte dagegen als prozeßrechtlich erscheint und offenbar verwandt ist mit dem Rechte des Klägers, zu klagen, einem Rechte, von dem bekanntlich bestritten ist, ob es überhaupt eins ist. Jedenfalls ist also der Konkursanspruch etwas völlig Neues und mit nichts Anderem Vergleichbares, wodurch allein schon derjenige stutzig gemacht werden wird, der mit Ihering, Geist des röm. Rechts 2. Theil 2. Abth. 3. Aufl. S. 376 flg. erkannt hat, daß das juristisch Mögliche keineswegs etwas abstrakt Logisches, sondern etwas Relatives, von der Verwandtschaft mit dem Bisherigen Abhängiges ist.

des Schuldners, nicht der Ausdruck eines neuen materiellen Rechtsverhältnisses zwischen den Gläubigern und dem Schuldner und den ersteren unter sich, noch auch der Grund eines solchen (Schultze S. 12 Abs. 2, S. 15). Das Wesentliche am Konkursanspruch scheint demnach etwas Prozessuales sein zu sollen; woran freilich wieder irre macht, daß er angeblich denselben — also doch wohl einen materiell-rechtlichen — Inhalt hat, wie der obligatorische Anspruch überhaupt (Schultze S. 12 Abs. 2) und auch in judicium deducirt werden kann (Schultze S. 17 Abs. 2); ja er wird sogar in Gegensatz zu den Konkursforderungen gebracht, und es wird von ihm gesagt, daß er und nicht die Konkursforderungen einem neuen anmeldenden Gläubiger entgegengestellt würden (S. 17 Abs. 2). Vielleicht will Schultze sagen, daß der Konkursanspruch ein materieller Anspruch accessorischer Natur sei, wie der Anspruch aus dem constitutum debiti proprii; vielleicht auch nicht. Klar vermögen wir in der Sache nicht zu sehen. Indeß ist soviel gewiß, daß der Konkursanspruch kein dinglicher Anspruch sein und auf Erlangung dinglicher Rechte an den Massebestandtheilen sich nicht richten soll[692].

Dies will Schultze nun auch beweisen. Er führt an, der Einfluß, welchen das Gesetz den Gläubigern auf die Verwaltung der Theilungsmasse gestattet, sei nur der rechtlich anerkannte Ausdruck ihres thatsächlichen Interesses, nicht die Wirkung eines ihnen zustehenden Rechts an den Massebestandtheilen; so allein erkläre es sich, daß der Verwalter — welcher lediglich der Vertreter des Kridars sei — über die Masse wirksam verfüge, und zwar selbst dann, wenn er gegen die Beschlüsse des Gläubigerausschusses verstoße (K. O. § 124); so allein werde es verständlich, daß der Verwalter, welcher die in K. O. § 121 bezeichneten Handlungen nur unter Genehmigung des Gläubigerausschusses vornehmen dürfe, beim Mangel eines solchen nicht in entsprechender Weise an die Gläubigerversammlung gewiesen werde; nur so endlich sei es zu rechtfertigen, wenn nach K. O. § 87 das Gericht nach freiem Ermessen denjenigen, deren Forderungen noch nicht geprüft seien, die Betheiligung an den Abstimmungen der Gläubigerversammlung einräumen könne. (Vergl. Schultze S. 19 flg., S. 42).

Wir haben hierauf dreierlei zu entgegnen: Erstens: Was heißt

692) Selbstverständlich abgesehen vom Vertheilungsverfahren.

„rechtlich anerkanntes thatsächliches Interesse"? Wo giebt es ein Recht, welches etwas Anderes wäre? — Der Besitz ist freilich eine Thatsache; aber nicht daraus entspringen die Besitzklagen, sondern diese werden deshalb gewährt, weil das Recht dem Besitzer darauf, in gewisser Weise nicht gestört zu werden, einen Anspruch verliehen hat.

Zweitens: Der Verwalter ist nach unserer Ansicht der gesetzliche Vertreter der Gläubiger; nicht als ob diese unfähig wären, selbst zu handeln, sondern weil das Recht es für unzweckmäßig hält, sie selbst handeln zu lassen[693]). Wenn aber der Verwalter gesetzlicher Vertreter ist, wie kann es auffällig sein, daß er ohne Zustimmung der Vertretenen wirksam handelt[694])?

Drittens: Die Bestimmung in K. O. § 87 ist schlechterdings nothwendig; die ungeprüften Forderungen unbedingt auszuschließen, wäre eben so unbillig, als sie unbedingt zu berücksichtigen. Denn im Allgemeinen spricht gegen ihren Bestand ebensowenig, als für denselben.

Damit möchte erledigt sein, was aus Schultze's Erörterungen unserer Ansicht entgegen zu stehen scheinen könnte[695]). Nunmehr wollen wir zeigen, was wir unsererseits gegen die Ansicht Schultze's einzuwenden haben.

Wir lassen unerörtert, ob die Konstruktion Schultze's angesichts des Unterschieds zwischen formellem und materiellem Recht in sich selbst klar und logisch haltbar ist[696]); wir müssen das schon deshalb auf sich beruhen lassen, weil wir sie, ehrlich gestanden, nicht völlig verstehen. Wir verstehen nur den einen Punkt, daß der Konkursanspruch vor den Vertheilungen nicht dazu führen soll, den Gläubigern dingliche Rechte

693) So steht der Sequester bei der Zwangsverwaltung zu den Hypothekariern und der Gerichtsvollzieher beim Hülfspfand; ähnlich der öffentliche Auktionator beim Pfandverkauf (B. G. B. § 480; H. G. B. art. 310 flg.) und der Verkaufsselbsthülfe (H. G. B. art. 343).

694) Vergl. über die analoge Stellung des Gerichtsvollziehers C. P. O. § 676.

695) Schultze sagt freilich S. 19, noch ehe er die von uns bekämpften Gründe vorbringt, es sei bereits ausgeführt, daß die Annahme eines Pfandrechts hinfällig sei. Wir finden aber vorher weiter nichts, als die beweislose Versicherung, daß die Gläubiger durch die Konkurseröffnung in kein neues Rechtsverhältniß zur Masse treten (S. 14 init.).

696) Vergl. oben Note 691.

zu verschaffen; und wir bestreiten, daß von einer solchen Anschauung aus die Erscheinungen des Konkurses sich erklären lassen[697]).

Insbesondere ist ohne Annahme dinglicher Rechte nicht verständlich, wie an sich gültige Verfügungen des Schuldners oder einzelner Gläubiger über die Masse (Zwangsvollstreckungen) den Konkursgläubigern gegenüber wirkungslos sein sollen: Was einem blos persönlichen Anspruch entgegen geschieht, verpflichtet zum Schadensersatz; was gegen prozessuale Rechtsvorschriften verstößt, ist nichtig; daß etwas an sich gültig ist und bleibt, und doch gewissen Personen gegenüber nicht wirkt[698]), ist eine Erscheinung, die nur zu Gunsten desjenigen eintritt, dem ein Recht an fremder Sache zusteht.

Zweitens ist es unrichtig, wenn Schultze meint, der Verwalter berechtige und verpflichte durch seine Prozeßführung lediglich den Gemeinschuldner (Schultze S. 42): Wenn ein Aussonderungs- oder Absonderungsanspruch dem Verwalter gegenüber durchgeführt wird, so müssen die Gläubiger das Urtheil[699]) gegen sich gelten lassen (K. O. § 9).

Etwas anders ist es im Feststellungsverfahren. Hier verstattet das Gesetz den Gläubigern, selbst zu handeln; und zwar ertheilt es ihnen die Befugniß, angemeldeten Forderungen zu widersprechen und den Widerspruch persönlich im Prozeßwege zu verfolgen. Indeß derjenige, welcher dieses Recht benutzen will, muß es im Prüfungstermine erklären; wer das unterläßt, wird vom Verwalter vertreten, wenn dieser seinerseits widerspricht und den Widerspruch klageweise verfolgt oder wegen desselben verklagt wird (K. O. § 134).

So verstehen wir die §§ 132—135 der K. O. Schultze giebt ihnen eine andere Auslegung[700]). Er meint (S. 101 flg.), daß auch

---

697) Auch v. Canstein S. 471 nimmt dingliche Rechte an. — Wer die im Folgenden hervorgehobenen konkursrechtlichen Bestimmungen als „positiv-rechtliche Vorsichtsmaßregeln" u. s. f. bei Seite schieben wollte, würde damit auf Konstruktion des Konkursrechts verzichten; denn jene Rechtssätze sind nicht blos nebensächliche Einzelheiten, sondern von der fundamentalsten Bedeutung.

698) Vergl. Schultze selbst S. 25—35.

699) Vergl. oben § 31 Note 655. (Zur Vermeidung des Einwandes, daß die Rechtsverhältnisse präjudiciell für einander seien.)

700) Nebenbei: Wenn Schultze S. 105 flg. den § 135 der K. O., dessen gegenwärtige Fassung von der Reichstagskommission im Einverständniß mit den Regierungskommissaren gerade deshalb gewählt worden ist, um deutlicher als vor-

im Feststellungsverfahren lediglich der Gemeinschuldner vom Verwalter vertreten werde, und sieht das Unterbleiben des Widerspruchs seitens der Gläubiger als eine stillschweigende Anerkennung der angemeldeten Forderung an. Diese Auffassung würde sich zwar mit unserer allgemeinen Anschauung allenfalls vertragen, weil das Feststellungsverfahren ein eigenartiges, von den sonstigen im Konkurse vorkommenden Prozessen verschiedenes Wesen hat, insofern die Gläubiger hier ohne Vertreter handeln dürfen; allein sie scheitert an dem vorletzten Absatz des § 134 der K. O. Hiernach kann nämlich auch gegen eine vollstreckbare Forderung Widerspruch erhoben werden, und zwar ist derselbe in diesem Falle durch Einlegung von Rechtsmitteln oder, wie die Motive[701]) ausdrücklich hervorheben und durch K. O. § 28 unwidersprechlich bestätigt wird, im Wege der Anfechtungsklage zu verfolgen. Die letztere ist nun aber auch nach Schultze's Ansicht (S. 65) die Geltendmachung eines Rechts der Gläubiger; gleichwohl kann sie auch im Feststellungsverfahren nur vom Konkursverwalter erhoben werden (K. O. § 29)[702]).

Das Alles erheischte freilich eine ausführlichere Erörterung, als wir hier so zu sagen incidenter unternehmen können. Wir dürfen

---

her auszudrücken, daß jeder Widersprechende behufs Beseitigung des Widerspruchs verklagt werden müsse (Protokolle II. Lesung S. 174 flg.), im eingestandenen Widerspruch mit dieser Entstehungsgeschichte so auslegt, daß die Durchführung einer Feststellungsklage gegen einen widersprechenden Gläubiger auch den andern widersprechenden Gläubigern gegenüber Rechtskraft schaffe, und dies als eine „unabweisbare Konsequenz" der Untheilbarkeit des Rechts der Gläubiger — was er eben Konkursanspruch nennt — bezeichnet, so irrt er über die Wirkungen der Untheilbarkeit der Rechte: Die Römer folgerten aus der Untheilbarkeit der Servituten — ganz im Einklang mit der Auffassung der Reichstagskommission über K. O. §§ 132, 135 —, daß Bestellung einer Servitut seitens eines Miteigenthümers des dienenden Grundstücks und Verurtheilung eines Miteigenthümers zur Servitutbestellung wirkungslos sei, dagegen die Abweisung einer gegen einen einzigen Miteigenthümer gerichteten Klage auf Servitutbestellung auch den andern zu Gute komme. Vergl. Windscheid § 132 bei Note 4 und 5.

701) Motive II, S. 367.

702) Von der Nothwendigkeit der Aufnahme der anhängigen Prozesse über Konkursforderungen (K. O. § 134, Abs. 3), welche Schultze, ebenso wie die Bestimmung in K. O. § 8, wonach Prozesse über Aktivforderungen nach Maßgabe der für Rechtsnachfolger — nicht für gesetzliche Vertreter — geltenden Bestimmungen vom Verwalter aufzunehmen sind, einfach für unzulässige Reminiscenzen an veraltete Successionsvorstellungen erklärt (Schultze S. 84 flg., S. 102), ganz zu geschweigen.

aber angesichts der Thatsache, daß wir unter Fernhaltung aller Neologismen mit Hülfe wohlbekannter und erprobter Begriffe zu einer Anschauung gelangt sind, welche die wissenschaftliche Autorität der römischen Juristen für sich anrufen kann, vielleicht immerhin einiges Vertrauen zu unserer hier skizzirten Theorie des Konkursrechts hegen.

Die beträchtliche Anzahl richtiger und befriedigender Ergebnisse übrigens, zu denen Schultze gelangt[703]), beruhen alle weder auf der Theorie vom Konkursanspruch, noch darauf, daß Schultze die Vertretung der Gläubiger durch den Verwalter verneint, sondern darauf, daß er gründlicher, als bisher geschehen ist, den Sinn der — gleichzeitigen — Vertretung des Kridars durch den Verwalter erschlossen hat.

Aus dem Gesagten folgt, daß der Verwalter die Anfechtbarkeit einredeweise geltend machen kann.

Wie steht es mit der replikatorischen Verfolgung derselben?

Sie ist eine unzulässige Klageänderung[704]); ebenso wie es unzulässig ist, wenn Jemand eine Pfandklage anstellt und der Einrede des Pfandverzichts eine Replik aus einem späteren pactum de pignore dando entgegensetzen wollte.

III. Abschnitt.

Die Wirkung der Anfechtung.

10. Kapitel.

§ 33. Die Wirkung der Anfechtung im Allgemeinen.

Wir wollen nicht feststellen, in wie vielen Richtungen überhaupt die Anfechtbarkeit Wirkungen äußert; wir wollen andererseits auch nicht von vorn herein behaupten, daß solche Wirkungen überall da thatsächlich vorhanden sind, wo wir im Nachstehenden nach ihnen suchen werden. Suchen aber müssen wir in dreifacher Richtung; und zwar

---

703) Vergl. namentlich die oben Note 673 citirten Stellen.

704) So auch v. Sarwey S. 128, Krische S. 724; a. M. v. Böldendorff S. 341 Note 15, von der unten (vergl. § 33 bei Note 709 bis 719) zu besprechenden Auffassung aus, die Anfechtung sei ein Angriff auf die Rechtsbeständigkeit eines Vertrags oder wenigstens einer Willenserklärung.

ist zu fragen, welche Bedeutung die Anfechtbarkeit erstens für den Anfechtungsgegner hat, welche zweitens für die angefochtene Handlung und welche endlich für die Konkursmasse.

Der Einfluß der Anfechtung auf den Anfechtungsgegner, d. h. der Umfang und Inhalt der Verbindlichkeiten, welche in Folge der geltend gemachten Anfechtbarkeit für diesen erwachsen, ist verschieden nicht allein je nach dem Grunde der letzteren, sondern auch je nach den thatsächlichen Verhältnissen. Es ist daher insoweit eine die einzelnen Fälle unterscheidende Auseinandersetzung nöthig. Dagegen handelt es sich bei Verfolgung der beiden anderen gedachten Richtungen um allgemeine Fragen; und die Beantwortung dieser letzteren, unter Hinzunahme des selbstverständlichen Satzes, daß die Anfechtung dem Anfechtungsgegner Verbindlichkeiten auferlegt, kann als die Lehre von der Bedeutung der Anfechtbarkeit im Allgemeinen bezeichnet werden. Wir wollen daher unter diesem Gesichtspunkte zunächst von der Wirkung der Anfechtung auf die Masse, sodann aber von ihrem Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit der angefochtenen Handlung reden.

I.

Nach § 30 Abs. 1 der K. O. muß vom Anfechtungsgegner dasjenige, was er zu leisten schuldig ist, „zur Konkursmasse zurück gewährt werden".

Wie ist das zu verstehen?

Man könnte geneigt sein, es so aufzufassen, als müsse der Schuldner wieder zum Subjekt der anfechtbar veräußerten Rechte gemacht werden. In der That wird dies auch sehr häufig stattzufinden haben [705]; wir bezweifeln aber, daß es in allen Fällen nöthig ist.

Es fragt sich, was man hier unter „Konkursmasse" sich zu denken hat. Nach K. O. § 1 ist die Konkursmasse „das gesammte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört". Paßt

705) Krische S. 725 sagt, es erfolge ein „Uebergang" des Veräußerten „an die Gläubigerschaft", ohne daß es in das Eigenthum des Kridars zurückgebracht würde. Das ist mindestens sehr mißverständlich. Ist die „Gläubigerschaft" eine juristische Person? Dazu übrigens, daß Krische ein Anhänger der Theorie vom Konkursanspruch ist, stimmt jene Aeußerung durchaus nicht. (Vergl. Krische S. 685).

dieſe Begriffsbeſtimmung für den § 30 Abſ. 1 cit.? Offenbar nicht. Die Tragweite der letzteren Vorſchrift iſt, daß das Zurückzugewährende zum Beſtandtheil der Konkursmaſſe zu machen ſei; dies iſt aber im Sinne des § 1 der K. O. ſchlechterdings unmöglich, weil die betreffenden Vermögensſtücke zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens dem Schuldner gar nicht gehört haben können.

Der § 30 Abſ. 1 cit. ſpricht alſo in einer allgemeineren Bedeutung von Konkursmaſſe, als der § 1 cit.; und zwar meint jener den Inbegriff der zur Befriedigung der Konkursgläubiger beſtimmten Aktiven, alſo derjenigen, an welchen den Gläubigern ein Pfandrecht der oben in § 32 beſprochenen Art zuſteht.

Es liegt allerdings nahe, aus § 1 cit. wenigſtens ſoviel für den § 30 Abſ. 1 cit. zu entnehmen, daß unter „Konkursmaſſe“ auch hier jedenfalls nur Vermögen des Schuldners zu verſtehen ſei. Darnach würde der Anfechtungsgegner Grundſtücke dem Schuldner aufzulaſſen, Mobilien ihm zu übergeben, Forderungen ihm abzutreten, kurz, den Gegenſtand der angegriffenen Handlung in das ſchuldneriſche Vermögen zurück zu übertragen haben.

Indeß, da die Definition von „Konkursmaſſe“, welche K. O. § 1 giebt, jedenfalls nicht völlig für den § 30 cit. paßt, ſo iſt man berechtigt und genöthigt, den Sinn, welchen dieſes Wort an der letzteren Stelle hat, ſelbſtſtändig zu unterſuchen. Da glauben wir nun, daß der Zweck des Konkurſes entſcheidet: Die Gläubiger müſſen in eine für dieſen Zweck eben ſo günſtige Lage kommen, als ſie ohne die anfechtbare Handlung ſein würden. Grundſtücke werden demnach allerdings, wo das Grundbuchſyſtem herrſcht, in das Eigenthum des Kridars zurückzubringen ſein[706]; dagegen glauben wir, daß bei beweglichen Sachen und Forderungen den Gläubigern nur ein Pfandrecht

706) Weil ſonſt der Konkursverwalter, wenn er das Grundſtück freihändig veräußerte (K. O. § 107, § 122 no. 1), kein Eigenthum übertragen könnte. Aehnlich verhält es ſich mit Grundſtücken auch außerhalb des Konkurſes, weil hier der Anfechtende ein Objekt zur Zwangsvollſtreckung haben will, auf ein Grundſtück aber, was nicht im Eigenthum des Schuldners ſteht, keine Hülfshypothek eingetragen werden kann, endlich auch eine vom Anfechtungsbeklagten freiwillig beſtellte Hypothek dem Gläubiger nicht die Vortheile der Hülfshypothek (ſofortige Vollſtreckung) bieten würde.

mit den Eigenschaften des oben im § 32 von uns beschriebenen Pfandrechts der Konkursgläubiger eingeräumt zu werden braucht[707]).

Etwas Weiteres wäre zwecklos; außerdem aber würde die Analogie der Anfechtung außerhalb des Konkurses entgegenstehen. Nach § 7 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 kann nämlich der außerhalb des Konkurses anfechtende Gläubiger,

„soweit[708]) es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, daß dasjenige", was anfechtbar aus dem Vermögen des Schuldners veräußert worden ist, „als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde".

Es ist sicherlich kein Grund vorhanden, weshalb in Folge der konkursmäßigen Anfechtung auch dann etwas in das schuldnerische Vermögen zurückgewährt werden müßte, wenn es zur Befriedigung der Konkursgläubiger nicht erforderlich ist.

II.

Wir kommen zum Einfluß der Anfechtung auf die Rechtsbeständigkeit der angefochtenen Handlung.

Im Gebiete des gemeinen Rechts herrscht hier die Ansicht — und wie sehr sie herrscht, ergiebt schon der Ausdruck „Anfechtbarkeit" —, daß jene Handlung in Folge der durchgeführten Anfechtung rechtlich bedeutungslos werde[709]); nach Einigen wie ein Geschäft, gegen welches Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt, nach Anderen wie eine Obligation, welcher mit Erfolg eine Einrede entgegengestellt worden ist.

---

707) Die Frage ist praktisch wichtig für die Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen Gemeinschuldner und Anfechtungsgegner im Falle einer Einstellung des Verfahrens (K. O. § 188 flg.) nach durchgeführtem Anfechtungsprozeß. Im Anfechtungsprozesse selbst braucht sie nicht entschieden zu werden; die Worte des Gesetzes „zur Konkursmasse zurückzugewähren" genügen sowohl für den Klagantrag als auch für die Urtheilsformel.

708) Dies ist keineswegs blos quantitativ zu verstehen, wie die Motive zu dem gedachten Reichsgesetz S. 21 flg. ausdrücklich hervorheben. Wenn diese Motive einen Unterschied zwischen § 7 des cit. Reichsgesetzes und dem § 30 der K. O. annehmen, so ist doch die Begründung dieses Unterschieds, welche sie vorbringen, nur für die quantitative Seite der Sache zutreffend, und auch hierfür nicht principiell, sondern nur betreffs der meisten Fälle.

709) So auch Striethorst LXI no. 3 Seite 10.

Was zunächst die Theorie von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betrifft, so können wir wegen deren Widerlegung auf eine schon im gemeinrechtlichen Theile mehrfach angezogene Abhandlung von Schröter[710]) verweisen.

Im Uebrigen geht man jedenfalls zu weit, wenn man die Lehre von der actio Pauliana geradezu als einen Theil der Lehre von der Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte behandelt. Denn nicht nur kennt das gemeine Recht Fälle, in denen ganz augenscheinlich die Anfechtung mit dem Rechtsgeschäft, auf welches sie sich bezieht, gar nicht in Berührung kommt — nämlich die Anfechtungsklagen gegen den Gemeinschuldner selbst[711]) —, sondern es ist auch weiter eine Anfechtung denkbar, bei welcher es sich um Rechtsgeschäfte überhaupt nicht handelt (Nichtunterbrechung der Verjährung, der Ersitzung, Verlust einer Dienstbarkeit non utendo[712]).

Damit ist freilich für die Fälle nichts entschieden, in denen in der That die Wirkung von Rechtsgeschäften beseitigt werden soll: Auch die actio doli, die actio quod metus causa, welche mit gutem Grunde in der Lehre von der Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte erwähnt werden, richten sich nicht ausschließlich gegen solche[713]).

Um zu bestimmen, ob und inwiefern die Anfechtung im Sinne der actio Pauliana und der §§ 22—34 der K. O. ein Mittel zur Beseitigung der rechtlichen Wirksamkeit von Rechtsgeschäften sei, muß man sich vergegenwärtigen, daß die fraglichen Verträge zwischen dem Schuldner und dem Anfechtungsgegner geschlossen und auf Bestand zwischen diesen Personen berechnet sind. Hieraus nämlich ergiebt sich, unter welchen Voraussetzungen allein von einer durch die Anfechtung bewirkten Hinfälligkeit dieser Verträge die Rede sein könnte: Wenn entweder die Konkursgläubiger — denen gegenüber dieselben unwirksam sind — hinsichtlich der auf ihnen beruhenden Rechtsverhältnisse als Successoren des Schuldners anzusehen wären, oder durch die Anfech-

710) Zeitschr. f. Civilr. und Prozeß VI, S. 341 flg. — Vergl. auch oben § 2 bei Note 32.

711) Vergl. oben § 9 bei Note 251.

712) Vergl. oben § 5 bei Note 86.

713) l. 9 p. a. E. l. 9 § 2 D. quod metus causa IV, 2; l. 7 § 6 l. 19 D. de dolo IV, 3; u. s. f.

tung die Verbindlichkeit jener Geschäfte für den Schuldner und den Anfechtungsgegner beseitigt würde.

Ist eine dieser beiden Bedingungen vorhanden? Wohl schwerlich.

Wir haben oben [714]) auseinandergesetzt, daß die Konkursgläubiger allerdings Rechtsnachfolger des Schuldners sind; sie succediren aber diesem nicht in sein Vermögen, in die Gesammtheit seiner vermögensrechtlichen Beziehungen, sondern nur in diejenigen einzelnen Vermögensstücke, auf welche sich das Konkursverfahren erstreckt, insofern sie an diesen ein Pfandrecht erwerben. Insbesondere succediren sie keineswegs in die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners [715]); wenn sie im Allgemeinen dessen vor der Konkurseröffnung vorgenommene Veräußerungen gegen sich gelten lassen müssen, so beruht dies einfach darauf, daß diese Veräußerungen objektiv und für Jedermann — z. B. auch für die Steuerbehörde — den Bestand des schuldnerischen Vermögens bestimmen, keineswegs aber auf einer Rechtsnachfolge. Demgemäß kann es auch nicht mit einer solchen zusammenhängen, wenn die Gläubiger ausnahmsweise gewisse Veräußerungen nicht gegen sich wirken zu lassen brauchen. Sie haben dann einen selbstständigen Anspruch auf Beseitigung der ihnen nachtheiligen Folgen dieser Geschäfte, einen Anspruch, der mit der Gültigkeit derselben, mit ihrer Verbindlichkeit für diejenigen, für welche sie ihrer Bestimmung nach bindend sein sollen, nicht das Mindeste zu thun hat; ebenso wenig, wie die Eigenthumsklage mit der Gültigkeit eines Vertrags, vermöge dessen der Beklagte die vindicirte Sache von einem Nichteigenthümer erworben hat [716]).

---

714) Vergl. § 32 bei Note 662 flg.

715) Sonst müßten sie ja dessen Schulden bezahlen.

716) Dies zeigt sich klärlich bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses. Es wird Niemand behaupten wollen, daß hier der Anfechtungskläger als Rechtsnachfolger des Schuldners die Gültigkeit der von diesem geschlossenen Verträge in Frage stelle. — Förster, Preuß. Privatrecht § 88 a. Anf. S. 524 unterscheidet zwischen Anfechtung der Rechtsbeständigkeit eines Vertrags und Beseitigung der Wirkungen desselben. Nach Mandry S. 385 handelt es sich nicht um die Befugniß, die Rechtshandlung mit ihren zwischen den Parteien existenten Wirkungen zu beseitigen, sondern um die Entstehung von forderungsrechtlichen Ansprüchen, wodurch ein rechtlicher und thatsächlicher Zustand beseitigt werden könne. — Natürlich kann unter Umständen die durchgeführte Anfechtung auf das betreffende Rechtsverhältniß einwirken, wie ja auch durch die Eviktion sehr wesentlich die Stellung des Käufers zum Verkäufer beeinflußt wird. Vergl. auch Krische S. 601. Indeß faßt der

Eine ganz andere Frage[717]) ist es nun aber, ob das Recht der Geltendmachung jenes den Gläubigern zustehenden Anspruchs etwa die besondere Wirkung beigelegt habe, daß gleichzeitig mit ihr das fragliche Geschäft auch für den Schuldner und den Anfechtungsgegner hinfällig wird, ob also die zweite der vorhin erwähnten beiden Bedingungen etwa gegeben sei.

Offenbar hätte es keinen rechten Sinn, wenn das Recht der Geltendmachung der Anfechtbarkeit eine derartige besondere Wirkung verleihen wollte. Das Recht hat dies auch niemals gethan. Auf dem Boden des gemeinen Rechts könnte man zwar vielleicht zweifeln und an einzelnen Ausdrücken der Quellen Anstoß nehmen[718]); die Konkursordnung aber erklärt unzweideutig das Wesen der Anfechtung dahin, daß die mit Erfolg angegriffenen Geschäfte „den Konkursgläubigern gegenüber" unwirksam seien (K. O. § 22)[719]).

---

letztere im Widerspruch hiermit den Anspruch des Beklagten auf Rückgewähr der von ihm gemachten Gegenleistung S. 729 als condictio sine causa und spricht S. 602 wieder von „Ungültigkeitserklärung", ja zieht sogar eine Konsequenz aus diesem falschen Standpunkt, die er dem Gesetz als eine „gewiß unbeabsichtigte" zur Last legt. Vergl. unten § 36 Note 765.

717) Was in der Regel nicht beachtet wird.

718) Namentlich an dem »libertates ut rescindantur« der l. 15 D. h. t. Indeß dieser Ausdruck kommt deshalb nicht in Betracht, weil die fraglichen Freilassungen, als der lex Aelia Sentia widersprechend, von vorn herein nichtig sind. Sonst sagen die Quellen z. B.: revocare ea, quae alienata sunt (l. 1 § 1 D. h. t.), quae fraudis causa facta sunt (l. 1 § 2 eod.), revocare, quod gestum est in fraudem creditorum (l. 6 § 10 eod.), revocare fraudem (l. 10 §§ 10 u. 11 eod.), revocare dominia (l. 14 eod.), revocare schlechthin (l. 6 § 5 eod.), teneri, ut restituat (l. 6 § 12 eod.), exigere pecuniam (l. 10 § 14 eod.), exitus autem actionis erit, ut stipulatio, quae accepta facta fuerat, ex integro interponatur (l. 10 § 14 eod.), exigere usumfructum et stipulationem (l. 10 § 15 eod.), restauranda est obligatio (l. 10 § 23 eod.) etc. etc. Diese Mannigfaltigkeit zeigt zur Genüge, daß die römischen Juristen über die jetzt fragliche Seite der Sache eine bestimmte Ansicht überhaupt nicht haben aussprechen wollen; zudem ist nicht abzusehen, in welcher anderen Weise sie derartige gelegentliche Redewendungen hätten fassen sollen, wenn sie selbst von einer präcisen Auffassung ausgegangen wären.

719) v. Völderndorff I, S. 259, V; Motive II, S. 112; Wengler, S. 191. — Ueber das Verhältniß der Anfechtbarkeit zu der sogen. Nichtigkeit von K. O. § 6 vergl. Schultze S. 26—35.

§ 34. Die Haftung des Anfechtungsgegners ex delicto.

Wenn der Anfechtungsgegner sich einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat[720], so hat er zur Konkursmasse zurückzugewähren, „was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist" (K. O. § 30 Abs. 1).

Otto[721] erklärt dies dahin, daß der Masse zurückzugewähren sei, was sie hätte, wenn die Handlung unterblieben wäre. In demselben Sinne meint v. Wilmowski[722], es komme darauf an, was mittelbar oder unmittelbar dem Vermögen des Schuldners entzogen sei.

Diese Schriftsteller haben darin Recht, daß nach dem von ihnen aufgestellten Grundsatze der Umfang der Haftung des Anfechtungsgegners sich von vorn herein bestimmt; denn insoweit haben sie die Regeln über die Deliktsobligationen für sich. Ob aber nachträgliche Ereignisse nicht eine Einschränkung jener Haftung mit sich bringen können, ist eine andere Frage.

Soviel ist sicher: Wenn der Anfechtungsgegner dasjenige, was in Folge der anfechtbaren Handlung dem schuldnerischen Vermögen entfremdet ist, in Natur besitzt, so muß er es herausgeben[723].

Wie steht es, wenn er es nicht mehr besitzt? Im gemeinen Recht muß er hier jedenfalls dasjenige leisten, was das Ereigniß, durch welches er den Besitz verloren hat, ihm noch gelassen oder statt des Besitzes gegeben hat; insbesondere also muß er Ansprüche abtreten, welche ihm selbst auf Wiedererlangung des Besitzes zustehen[724].

---

720) Was in allen Fällen des § 23 no. 1 der K. O. und in den meisten Fällen des § 24 no. 1 (nicht in allen: cf. oben § 19 bei Note 448 und unten § 35 bei Note 742) zutrifft.

721) Otto S. 177.

722) v. Wilmowski S. 124 a. Anf.

723) Besteht die anfechtbare Handlung in Begründung einer Forderung des Anfechtungsgegners gegen den Schuldner, so wird selbstverständlich dieser lediglich die konkursmäßige Befriedigung versagt.

724) Windscheid § 264 bei Note 6. — Das eben im Texte über die Cession von Ansprüchen Gesagte gilt auch im sächs. Recht (B. G. B. § 960). Die Motive II, S. 148 heben ausdrücklich hervor, daß diese Fragen nach dem bürgerlichen Recht zu entscheiden seien. In der That ist die Vorschrift des § 30 Abs. 1 der K. O. ein

Weniger einfach ist die Frage, wie es zu halten sei, wenn und insoweit die Gläubiger auf dem nur bezeichneten Wege nicht befriedigt werden können.

Eine eigenthümliche Auffassung hatte hier die Praxis des preußischen Rechts. Nach ihr setzt die Anfechtungsklage der preußischen Konkursordnung [725]) Besitz des Anfechtungsbeklagten in der Regel voraus [726]). Hiervon trete nur dann eine Ausnahme ein, wenn dieser den Besitz zum Zwecke der Beschädigung der Gläubiger aufgegeben hatte. Auf eine derartige Absicht schloß die preußische Praxis insbesondere dann, wenn der Besitz alsbald nach dem Erwerbe veräußert worden war [727]); sie hob ausdrücklich hervor, daß das gewöhnliche dolo desinere possidere zur Begründung einer Schadenserſatzpflicht hier nicht genüge; vielmehr müsse der Anfechtungsgegner, wenn er verantwortlich sein solle, die Weiterveräußerung deshalb bewirkt haben, um die fraudulose Absicht seines Auctors zur Ausführung zu bringen [728]).

Diese Meinung geht augenscheinlich davon aus, daß Haftung für dolus nicht schon bei rechtswidrigem Vorsatz, sondern erst bei rechtswidrigem Motiv einzutreten habe. Ob sie auf dem Boden des preußischen Rechts begründet ist, müssen wir auf sich beruhen lassen [729]). Nach den allgemeinen Grundsätzen des gemeinen sowohl als auch des sächsischen Privatrechts ist sie es nicht; das rechtswidrige Motiv hat hier überhaupt gar keine Bedeutung [730]).

---

einzelner Rechtssatz, dessen Tragweite ausschließlich auf Grund desjenigen privatrechtlichen Systems zu ermitteln ist, in welches man ihn eingereiht denkt.

725) Deren § 106 Abs. 1 mit dem § 30 Abs. 1 der R. K. O. fast wörtlich übereinstimmt.

726) Striethorst LXXIX no. 20 S. 125.

727) Striethorst LXXXVII no. 12 S. 74 flg., insbesondere S. 81 Abs. 4 und 5. — Offenbar eine ziemlich violente Präsumtion; zu dergleichen wird aber unvermeidlich jeder gedrängt, der im Privatrecht auf Motive Gewicht legen will.

728) Striethorst XCIV no. 20 S. 130 flg., insbes. S. 133; eod. no. 45 insbes. S. 279. — Die preußische Praxis wird von Dernburg nicht richtig dargestellt. Derselbe meint S. 322 § 131 bei Note 2, es habe nach ihr derjenige, welcher nachweisbar fraudulos gehandelt habe, ohne Rücksicht auf Besitz gehaftet. Es ist aber nur negativ ausgesprochen worden, daß derjenige, bei welchem die Annahme fraudulöser Handlungsweise auf gesetzlichen Präsumtionen ruhe, überhaupt niemals auf Schadenersatz hafte. Vergl. hierüber oben § 20 bei Note 464.

729) R. O. H. G. X no. 54 S. 248 flg. ist davon abgegangen.

730) Windscheid § 101 Note 6; B. G. B. § 121.

Im Geltungsgebiete dieser beiden Rechtssysteme haftet demnach der Anfechtungsgegner für vorsätzliches Aufgeben des Besitzes jedenfalls.

Wir gehen aber weiter; wir glauben, daß auch Fahrlässigkeit ihn verantwortlich macht und für die Zeit nach der Konkurseröffnung sogar der Zufall [731]).

Andere sind noch strenger. Dernburg sagt ganz allgemein, wenn man der preußischen Praxis sich nicht anschließen wolle [732]), so müsse man dem Anfechtungsbeklagten die Haftung für den Zufall auferlegen. Dies scheint v. Wilmowski in der That thun zu wollen, wenn er aus dem Verhältniß zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des § 30 der K. O. schließt, daß es auf Besitz des Beklagten nicht ankomme [733]).

Es giebt etwas, was scheinbar für v. Wilmowski spricht; der § 30 der K. O. aber spricht auch nicht scheinbar für ihn. Aus ihm ergiebt sich bei vorsichtiger Anwendung des argumenti a contrario nur [734]), daß Anfechtungsgegner, welche nicht gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung sind, möglicher Weise auch für das haftbar gemacht werden können, was sie nicht mehr besitzen. Unter welchen Umständen dies zulässig ist, darüber sagt der § 30 nichts.

Dagegen ließe sich für v. Wilmowski anführen, daß der Anfechtungsgegner, welcher deliktisch verfahren ist, unter die Regel fallen müsse: Semper moram fur facere videtur [735]). Indeß diese Regel ist nicht anwendbar. Denn das Delikt des Anfechtungsbeklagten unter-

---

731) Otto S. 168 läßt die Haftung für den Zufall erst mit der Klagzustellung eintreten.

732) d. h. derjenigen Ansicht, welche Dernburg für die der preuß. Praxis hält. Vergl. oben Note 728 und Dernburg § 131 S. 323 init.

733) v. Wilmowski S. 124 Abs. 1 a. E.

734) Der § 80 cit. lautet:

„Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist".

Nun bestimmt der § an sich nur über den ursprünglichen Inhalt der Obligation, nicht über den Einfluß späterer Ereignisse; und der Abs. 2 wäre nur dann überflüssig, wenn die Haftung aus Abs. 1 durch Verlust des Besitzes unter allen Umständen beseitigt würde.

735) Denn diese Regel gilt nicht blos für den fur: Windscheid § 278 bei Note 7; B. G. B. § 739 vergl. mit Motiven zu § 307.

ſcheidet ſich von allen anderen unerlaubten Handlungen dadurch, daß es nicht ſofort und unbedingt, ſondern nur für den Fall der Konkurseröffnung einen Anſpruch auf Erſatz erzeugt[736]). Vorher alſo iſt der Anfechtungsbeklagte nicht in Verzug; es kann gegen ihn kein Vorwurf daraus abgeleitet werden, daß er vor der Konkurseröffnung das anfechtbar Veräußerte nicht zurückgegeben hat; er kann alſo auch für die zufälligen Folgen dieſer Unterlaſſung nicht die Verantwortung tragen.

Anders ſteht es, wie ſich ohne Weiteres ergiebt, für die Zeit nach der Konkurseröffnung. Für dieſen Zeitraum muß er allerdings wegen Zufalls haftbar gemacht werden, ſofern er nicht beweiſt, daß von dieſem der Gegenſtand ſeiner Verbindlichkeit auch dann getroffen worden wäre, wenn er ihn im Augenblick der Konkurseröffnung zur Maſſe herausgegeben hätte[737]).

Nach den nämlichen allgemeinen Grundſätzen beſtimmt ſich die Haftung des Anfechtungsbeklagten für Früchte und Zinſen[738]). Wir glauben ſchon für das gemeine Recht auf Grund der Quellen nachgewieſen zu haben, daß keineswegs ſämmtlicher Gewinn der Zwiſchenzeit herausgegeben werden muß, ſondern nur einerſeits die causa rei, andererſeits ſolche Früchte, in deren Nichterwerb ſeitens des Schuldners eine von dieſem bewirkte Veräußerung zu finden iſt, und wir haben gerade auf Grund dieſer quellenmäßigen Ergebniſſe hinſichtlich der Haftung wegen der Hauptſache für das gemeine Recht dasſelbe behauptet[739]), was wir ſoeben für das Recht der Konkursordnung ausgeführt haben. Gegenwärtig iſt unſer Verfahren das umgekehrte: Da wir über die Früchte und Zinſen im Reichsrecht keine ausdrücklichen

---

736) Alſo eine bedingte Deliktsobligation.

737) Windſcheid § 280 Note 15; B. G. B. § 745. — Natürlich gelten die im Text entwickelten Grundſätze auch für den Fall, daß der Anfechtungsbeklagte den Beſitz des Veräußerten theilweiſe verloren, theilweiſe behalten hat; alſo insbeſondere auch dann, wenn in der Zwiſchenzeit an den fraglichen Gegenſtänden Rechte Dritter — als jura in re — entſtanden ſind. Doch ſcheint mir kein Fall denkbar, in welchem hier der Anfechtungsgegner frei wäre. Vergl. Motive II, S. 147.

738) Dernburg S. 323 Abſ. 2 läßt von ſeiner oben Note 728 erwähnten Anſicht aus den Beklagten, dem fraudulöſes Handeln zur Laſt fällt, für gewonnene und gewinnbare Früchte haften, ſonſt nur für die causa rei; v. Böldernborff I, S. 343 Note 2 für „die zur Sache gehörenden Früchte, ſelbſt die ſchon bezogenen". Welche Früchte gehören denn zur Sache?

739) Oben § 11 bei und in Note 267.

Bestimmungen haben, so mußten hier die allgemeinen Grundsätze selbstständig ermittelt[740]) und aus ihnen heraus das über Früchte und Zinsen Geltende geschlossen werden. Das Ergebniß ist, wie kaum gesagt zu werden braucht, in beiden Rechtssystemen dasselbe, da wir einerseits die gleichen allgemeinen Grundsätze in beiden festgestellt haben, andererseits auch in beiden die besondere, hier in Frage kommende Regel gilt, daß die Ausschlagung eines Erwerbs nicht anfechtbar ist[741]).

§ 35. Die Haftung quasi ex contractu.

Es kann in drei Arten von Anfechtungsfällen eine Haftung quasi ex contractu vorkommen: Erstens, wenn ein auf Grund von K. O. § 24 no. 1 anfechtbarer Erwerb vom Anfechtungsgegner ohne sein Zuthun gemacht worden ist[742]); zweitens, wenn es sich um Rückgewähr oder Sicherstellung eines Heirathsguts handelt; drittens, wenn eine unentgeltliche Verfügung in Frage steht.

Im ersten Falle bestimmt sich der Umfang der Verbindlichkeit des Anfechtungsbeklagten von vorn herein nach K. O. § 30 Abs. 1, der Einfluß späteren Besitzverlusts aber nach Analogie der Regeln von der Geschäftsführung ohne Auftrag. Insbesondere wird hier nicht schon vom Augenblick der Konkurseröffnung für Zufall gehaftet; diese bewirkt nur Fälligkeit der Forderung, versetzt aber keineswegs in Verzug. Im Uebrigen verweisen wir auf das im gemeinrechtlichen Theil[743]) Gesagte.

Betreffs des zweiten Falls könnte bestritten werden, ob er überhaupt hierher oder nicht vielmehr in die Lehre von der Haftung ex delicto gehört. Der § 30 Abs. 2 der K. O. lautet:

> Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

Augenscheinlich nun spricht der Wortlaut und scheinbar auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes dafür, daß jene Vorschrift nur bei

740) Darin, daß wir annehmen, daß das bürgerliche Recht maßgebend ist, sind wir im Einklang mit der herrschenden Meinung: Motive II, S. 148; Otto S. 177 Abs. 2; v. Wilmowski S. 125 Abs. 2.

741)) Vergl. oben § 4 bei Note 69, § 16 bei Note 374, endlich § 24 bei Note 483.

742) Vergl. oben § 19 bei Note 448 und § 8 bei Note 199 flg.

743) Vergl. oben § 12.

unentgeltlichen Verfügungen Anwendung leidet. Was die Entstehungsgeschichte angeht, so ist bei den Berathungen der Reichstagskommission von Goldschmidt beantragt worden[744], in § 30 Abs. 2 das Wort „unentgeltlichen" zu streichen; die Kommission aber hat diesen Antrag abgelehnt, nachdem der Abgeordnete Hullmann und der Regierungskommissar Hagens ausgeführt hatten, daß der Anfechtungsgegner in allen Fällen, bei denen nicht eine unentgeltliche Leistung in Frage sei, von vorn herein in mala fide sich befinde. Hiernach scheint es, als habe die Sicherstellung einer Einbringensforderung und die verfrühte Befriedigung einer solchen zu einer verbotenen Handlung gemacht werden sollen.

Indeß das ist eben nur der äußere Schein. Bei näherer Betrachtung der Protokolle zeigt sich, daß die Reichstagskommission an diesen Fall gar nicht gedacht hat. Sowohl Goldschmidt bei seinem Antrage als auch Hagens und Hullmann bei Bekämpfung desselben haben ausschließlich den § 23 in's Auge gefaßt. Die vorzeitige Bezahlung einer Einbringensforderung scheint, weil sie von der Konkursordnung in einem Paragraphen mit den unentgeltlichen Verfügungen behandelt wird, geradezu als zu diesen gehörig betrachtet worden zu sein[745].

In Wahrheit freilich ist die Erfüllung einer Forderung niemals[746] und die Sicherstellung einer solchen nur ausnahmsweise[747] eine unentgeltliche Verfügung. Indeß muß jede Vergünstigung, welche der letzteren zu Gute kommt, der Sicherstellung und vorzeitigen Rückgabe eines Heirathsguts erst recht gewährt werden. Denn diese beiden Geschäfte, namentlich aber die Sicherstellung, verdienen gewiß ein privilegium odiosum weit weniger, als jenes.

Wir schließen also einestheils per argumentum a potiori, anderntheils gerade aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, daß die in

744) Protokolle S. 27 flg.

745) Auch die Motive II, S. 136 flg. handeln von den fraglichen Geschäften unter der Ueberschrift „Freigebigkeiten des Gemeinschuldners an oder für seinen Ehegatten".

746) Daß eine Schenkung des Zwischenzinses gleichzeitig stattfindet, ist natürlich ohne Belang.

747) Vergl. oben § 8 bei Note 226, § 28 bei Note 608.

§ 30 Abs. 2 angeordnete beschränkte Haftung für jeden Fall zu gelten hat, bei welchem die Anfechtung auf § 25 der K. O. gestützt wird.

Soviel von den Rechtshandlungen, welchen die Wohlthat des § 30 Abs. 2 zu Theil werden kann. Nunmehr ist noch Weniges über die Voraussetzungen dieser Rechtswohlthat und über ihren Inhalt zu sagen.

Was die Voraussetzungen angeht, so wird guter Glaube des Anfechtungsgegners erfordert. Solcher guter Glaube liegt vor, wenn die Anfechtung ausschließlich auf § 25 begründet werden kann[748]; er ist insbesondere nicht vorhanden, wenn die Erfordernisse des § 24 no. 2 gegeben sind und die hiernach eintretende gesetzliche Vermuthung nicht zu widerlegen ist[749].

In Ansehung des Inhalts der Rechtswohlthat schreibt die Konkursordnung vor, daß nur auf die Bereicherung gehaftet werde. Welcher Zeitpunkt ist nun maßgebend für die Entscheidung darüber, ob und in wieweit Bereicherung im Sinne des Gesetzes vorhanden sei? Man lehrt allgemein[750], und mit Recht, derjenige Augenblick, in welchem der gute Glaube wegfalle. Nur geht v. Völderndorff[751] zu weit, wenn er behauptet, daß von da an der Anfechtungsgegner auch für Zufall hafte. Erstens nämlich wird eine Handlung dadurch nicht zum Delikt, daß nach ihrer Vornahme eine Kenntniß erlangt wird, vermöge deren die Handlung Delikt gewesen sein würde, wenn die Kenntniß früher vorhanden gewesen wäre; und zweitens haftet nur derjenige für Zufall, der sich in Verzug befindet[752], keineswegs aber jeder unredliche Besitzer.

---

748) § 30 Abs. 2 hat nicht den Sinn, daß der Beklagte seinen guten Glauben jedesmal beweisen müsse: v. Völderndorff I, S. 345; Wengler S. 139 Abs. 2. — Es ist ganz willkürlich, wenn Korn S. 75 flg. den guten Glauben nur durch scientia fraudis, nicht auch durch die Kenntniß des § 23 no. 1 der K. O. ausgeschlossen sein läßt. Vergl. darüber noch oben § 28 Note 595.

749) Vergl. oben § 20 bei Note 450; v. Völderndorff I, S. 345.

750) v. Völderndorff I, S. 346; Protokolle S. 28; Hullmann S. 155 Abs. 2.

751) v. Völderndorff I, S. 347 Note 14.

752) Vergl. oben § 34 Note 731 bis 737.

§ 36. Die Vertheidigungsmittel des Anfechtungsgegners.

Der Anfechtungsbeklagte kann, abgesehen von Einwendungen allgemeiner Natur, gegen die Anfechtungsklage insbesondere einen Gegenanspruch wegen Verwendungen, einen ferneren Gegenanspruch wegen der von ihm für das anfechtbar Veräußerte gemachten Gegenleistung und endlich die Einrede der Verjährung in's Feld führen.

Hinsichtlich der Verwendungen können wir, soweit Haftung des Anfechtungsgegners ex delicto in Frage steht, auf den gemeinrechtlichen Theil[753]) verweisen. Im Uebrigen wird man die Grundsätze desjenigen Falles der Geschäftsführung ohne Auftrag anwenden müssen, bei welchem der Geschäftsführer in gutem Glauben fremde Geschäfte als eigene behandelt hat[754]), also die Regeln von der condictio sine causa.

Ueber den Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung enthält die Konkursordnung zwei Anordnungen: Die Gegenleistung ist dem Anfechtungsgegner in soweit herauszugeben, als die Masse durch sie bereichert ist; im Uebrigen kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden[755]).

Besonders wichtig und bestritten ist die erstere dieser Vorschriften.

Die Motive[756]) fassen als Schuldner des Anspruchs, welchen sie dem Anfechtungsgegner gewährt, die Konkursmasse; und zwar könne die letztere entweder dinglich oder persönlich verpflichtet sein. Das Erstere liege vor, wenn die Gegenleistung sich noch in Natur in der Masse befinde; mit der Durchführung der Anfechtung falle nämlich der Grund fort, aus dem sie in der Masse sei, sie werde daher fremde Sache und sei ihrem Eigenthümer, dem Anfechtungsgegner, zurückzugeben. Persönlich aber, und zwar unter dem Gesichtspunkt der condictio sine causa, sei die Masse dann verpflichtet, wenn für die in Natur nicht mehr in der Masse befindliche Gegenleistung ein Aequi-

753) Oben § 11 bei Note 303.

754) Windscheid § 431 bei Note 18.

755) K. O. § 31. Ueber § 32 eod. wird noch gesprochen werden.

756) Motive I, S. 192, II, S. 149. Wie diese auch v. Wilmowski S. 126.

valent zur Masse nach der Konkurseröffnung gelangt sei; wäre dagegen ein derartiges Aequivalent vor der Konkurseröffnung, als noch keine Masse vorhanden war, in das schuldnerische Vermögen gekommen, so sei die Masse nicht haftbar und schlage die Vorschrift in § 31 Satz 1 der K. O. überhaupt nicht ein[757]).

Uns scheint, daß man diese Lehre der Motive nicht in's Auge fassen kann, ohne sich einer ganzen Anzahl privatrechtlicher Regeln zu erinnern, welche dadurch verletzt werden. v. Völderndorff[758]), welcher mit den Motiven übereinstimmt, fühlt sich durch die praktischen Konsequenzen zum Zweifel an der legislativen Richtigkeit der Anordnungen des Gesetzes getrieben. Wir zweifeln auch; jedoch nicht am Gesetz, sondern an den Motiven.

Wir wollen ganz davon absehen, daß die Motive hier von der oben von uns bekämpften Vorstellung[759]) ausgehen, als werde durch die zu Gunsten der Gläubiger bestehende „Anfechtbarkeit" die Gültigkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte auch inter contrahentes in Frage gestellt, so daß Raum für Kondiktionen entstehe. Wir wollen nur prüfen, ob die Theorie der Motive in sich selbst haltbar ist.

Wir nehmen zunächst daran Anstoß, daß „die Masse" als Schuldner des Anfechtungsgegners bezeichnet wird. Wer ist denn die Masse? Ist sie ein Rechtssubjekt? Ist sie etwa eine juristische Person? Sie ist eine Anzahl Aktiven, weiter nichts; sie ist nicht einmal ein Vermögensganzes[760]).

Zweitens: Wo steht geschrieben, daß in Folge der Anfechtung eines anfechtbaren Geschäfts ipso jure die Eigenthumsverhältnisse[761]) wieder in Kraft treten, welche vor dem Geschäftsabschlusse bestanden? Wie kann daraus, daß etwas sine causa in einem Vermögen sich befindet, gefolgert werden, daß es der Vindikation anheimfalle? Steht nicht vielmehr die condictio sine causa gerade im Gegensatz zur rei vindicatio?

Drittens: Da die Masse kein Rechtssubjekt ist, welches mit der

---

757) Gegen die Motive in diesem Punkte auch Dernburg S. 324 § 131 bei Note 8; Mandry S. 387 flg., Otto S. 180 flg.

758) v. Völderndorff I, S. 352.

759) Vergl. oben § 33 bei Note 709—719.

760) Die Masseforderungen sind privilegirte Ansprüche gegen den Schuldner.

761) Hierin gegen die Motive auch v. Sarwey S. 175.

Konkurseröffnung entstände, wie kann es erheblich sein, ob ein Aequivalent für die vom Anfechtungsgegner gegebene Gegenleistung vor oder nach der Konkursordnung zur Masse gekommen ist?

Soviel von demjenigen Standpunkt aus, welchen die Motive hinsichtlich der Bedeutung der Anfechtbarkeit einnehmen. Was auf dem Boden unserer Ansicht hiervon den Motiven weiter entgegen zu halten wäre, ist schon im gemeinrechtlichen Theil[762]) gesagt worden.

In Anlehnung an unsere dortigen Ausführungen halten wir den Gegenanspruch[763]), welcher durch § 31 Satz 1 dem Anfechtungsbeklagten gewährt wird, nicht für eine condictio sine causa. Wie wir ihn positiv ansehen, erhellt für die Anfechtbarkeit des § 24 no. 1 der K. O. aus dem im gemeinrechtlichen Theil Gesagten ohne weiteres; dagegen ist in Ansehung der Anfechtbarkeit des § 23 no. 1 ibid. hier noch Einiges zu bemerken.

Dem § 23 no. 1 cit. unterfällt derjenige, welcher nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage in Kenntniß eines dieser beiden Ereignisse eine Verminderung der Aktiven herbeiführt. Indessen erstreckt sich seine Haftung nicht blos auf den Betrag, um welchen er die Aktiven schmälert; vielmehr ergiebt sich aus K. O. §§ 23 no. 1, 30 Abs. 1, 31 Satz 1, daß er Alles zurückgeben muß, was er erhalten hat, von demjenigen aber, was er seinerseits gegeben hat, nur soviel zurück bekommt, als dem Werthe nach noch zur Zeit der Anfechtung sich in der Masse befindet[764]).

Dies beruht auf einem ähnlichen Grunde, wie die nämliche Vorschrift bei der gemeinrechtlichen Anfechtung und bei derjenigen des § 24 no. 1: Wie hier die Gläubiger, insoweit die Gegenleistung bei der Masse ist, durch die anfechtbare Handlung nicht geschädigt sind, während doch der Umfang der Anfechtung sich nach dem Betrage des durch die betreffende Handlung entstandenen Schadens richtet, ebenso sind sie im Falle des § 23 no. 1, insoweit die Masse durch die Gegenleistung

762) Vergl. oben § 11 bei Note 304—318.

763) Ein Gegenanspruch liegt nach der K. O. allerdings vor, so daß, wenn jetzt noch römischer Formularprozeß in Kraft wäre, auch vor dem praetor, nicht blos vor dem arbiter darüber zu verhandeln sein würde (cf. oben § 11 bei Note 317); natürlich kein selbstständiger Gegenanspruch, sondern ein konnexer, was v. Völderndorff I, S. 352 zu übersehen scheint (cf. unten Note 765).

764) Vergl. oben § 25 bei Note 520.

bereichert ist, in Folge des anfechtbaren Rechtsgeschäfts nicht gefährdet, während doch der Betrag ihres Anspruchs sich nach demjenigen Werthe bemißt, dessen Entfernung aus der Masse die Gläubiger in Gefahr gebracht hat [765]).

Das Uebrige, also der Umstand, daß nicht durch Verrechnung zwischen Leistung und Gegenleistung die Höhe des Anfechtungsanspruchs ermittelt wird, sondern die letztere völlig, die erstere, soweit sie ihrem Werthe nach vorhanden ist, zurückgegeben werden muß [766]), folgt, wie im gemeinen Recht, daraus, daß die Anfechtungsklage zunächst auf Rückgewähr des Veräußerten in Natur geht.

Aus dem Gesagten ergiebt sich von selbst, daß es durchaus gleichgültig ist, ob die streitige Gegenleistung in Natur oder in einem dafür erzielten Aequivalente bei der Masse sich befindet und ob dasselbe in letztere vor oder nach der Konkurseröffnung gelangt ist; daß es sich niemals um eine Vindikation, aber auch nicht um eine condictio sine causa im eigentlichen Sinne, sondern um einen persönlichen Gegenanspruch besonderer Art [767]) handelt.

---

765) Daher ist die Rückgewähr der Gegenleistung, soweit sie zu geschehen hat, Zug um Zug mit der Beitreibung des anfechtbar Veräußerten zu bewirken; und zwar muß sie dieser vorausgehen. (Ueber die Urtheilsformel vergl. § 11 bei Note 312; R. O. H. G. XX no. 7 S. 16.) Doch sind die Gläubiger auch nach Erlangung eines ihnen günstigen und vollstreckbaren Urtheils zu dessen Geltendmachung nicht verpflichtet; die Rückgewähr der Gegenleistung ist nur Vorbedingung der Exekution, nicht ein selbstständiges Recht des Anfechtungsgegners. Dies ist im Wesentlichen auch v. Sarwey's Ansicht (S. 174 flg.; nur meint er, der Anfechtungsbeklagte müsse zuerst leisten). A. M. — vom Standpunkt der condictio sine causa — Otto S. 180, Krische S. 602. Weiter folgt aus dem Gesagten, daß auch der aus K. O. § 33 belangte Singularsuccessor den Anspruch auf die Gegenleistung hat, auch wenn sie nicht von ihm herrührt; im Resultat für uns (auf Grund einer Wortinterpretation) v. Bölderndorff I, S. 349, S. 362 flg.; a. A. Motive II, S. 153; Wengler S. 247; v. Wilmowski S. 129 a. E. Ingleichen steht im Fall des § 27 Abs. 2 der K. O. dem letzten Wechselregreßschuldner oder dem Dritten, für dessen Rechnung der Wechsel begeben worden ist, der § 32 oder der § 31 Satz 1 der K. O. zur Seite.

766) Natürlich ist eine Kompensation, soweit deren Erfordernisse gegeben sind, also z. B. der Gegner in Folge Veräußerung des ursprünglichen Gegenstands auf Geld belangt würde und auch die von ihm gewährte Gegenleistung in Geld bei der Masse wäre, nicht ausgeschlossen.

767) Vergl. die Kondiktion in art. 83 der Wechs.-O., welche ebenfalls keine eigentliche condictio sine causa ist.

Eine besondere Anwendung oder mindestens eine analoge Ausdehnung der Regel, daß dem Anfechtungsgegner die Gegenleistung, welche er für das anfechtbar Veräußerte gegeben hat, insoweit zurückgewährt werden muß, als die Masse dadurch bereichert ist, wird in K. O. § 32 ausgesprochen.

Hiernach tritt, wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, seine Forderung wieder in Kraft. Natürlich: Die Gegenleistung, welche ein anfechtbar befriedigter Gläubiger dem Schuldner gegeben hat, ist die Liberation des Schuldners von der fraglichen Forderung; und diese Liberation ist insofern bei der Masse, als aus der letzteren der anfechtbar getilgte Anspruch, wenn er noch fortbestünde, als Konkursforderung mit befriedigt werden müßte[768]).

Von den Motiven[769]) wird die Vorschrift des § 32 anders aufgefaßt; sie sehen in ihr eine besondere Anwendung des zweiten Satzes vom § 31, wonach, soweit die Masse um den Werth der Gegenleistung nicht bereichert ist, ein Anspruch auf deren Erstattung nur als Konkursforderung geltend gemacht werden kann. Es ist aber handgreiflich, daß die Motive Unrecht haben. Denn sie lehren selbst[770]), daß die letztgedachte Bestimmung keineswegs dem Anfechtungsbeklagten eine Konkursforderung gewähren, sondern nur sagen wolle, daß ein etwa nach bürgerlichem Recht gegen den Schuldner begründeter Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung insoweit, als § 31 Satz 1 nicht einschlage, lediglich als Konkursforderung geltend gemacht werden könne. Diese letztere Ansicht der Motive ist auch richtig[771]) und dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend, da das „nur" im § 31 Satz 2 sinnlos sein würde, wenn das Gesetz etwas gewähren wollte, was an sich nicht vorhanden wäre. Nun steht es aber mit der Vorschrift in § 32 cit. ganz anders: Hier wird keineswegs der An-

768) Hieraus ergiebt sich, daß die wiederauflebende Forderung Mitschuldnern und Bürgen gegenüber nicht wieder in Kraft tritt, was auch den Regeln von der Rechtskraft widersprechen würde. A. M. Dernburg S. 324 § 131 bei Note 7; auch R. O. H. G. XX no. 44 S. 150.

769) Motive I, S. 193 flg., II, S. 150.

770) Motive II, S. 149 bei Note 1.

771) Dafür auch Mandry S. 388 Abs. 3; v. Wilmowski S. 127 Abs. 1; v. Sarwey S. 178.

fechtungsgegner auf das bürgerliche Recht verwiesen, sondern unter allen Umständen tritt die anfechtbar getilgte Forderung in Kraft, sobald die Anfechtung der Tilgung Erfolg gehabt hat. Wie kann nun ein reichsrechtlich unter bestimmten Voraussetzungen unbedingt gewährter Anspruch nur ein besonderer Ausfluß einer Vorschrift sein, welche es in das Belieben der partikularen Privatrechte stellt, ob und unter welchen Voraussetzungen sie ihrerseits Ansprüche anerkennen wollen, und nur bestimmt, daß etwaige derartige Ansprüche nicht als Masseforderungen zuzulassen seien?

Wir wenden uns zu der Anordnung in § 31 Satz 2. Im Allgemeinen ist deren Sinn schon im Vorhergehenden besprochen worden; ein Punkt aber verdient noch besondere Hervorhebung.

Wenn § 31 Satz 2 partikularrechtlich begründete Ansprüche auf Rückgewähr der Gegenleistung, soweit diese nicht in der Masse vorhanden ist, nur als Konkursforderungen zuläßt, so läßt er sie doch eben zu. Das ist nicht folgerichtig; er sollte sie überhaupt nicht zulassen. Dies ergiebt sich aus Nachstehendem:

Wenn Leistung und Gegenleistung in Frage sind, so kann es sich nur um Verträge handeln; also beziehen sich die Bestimmungen über Rückgewähr der Gegenleistung ausschließlich auf den Fall der Anfechtung von Verträgen. Wenn nun nach dem Partikularrechte in Folge davon, daß einem Kontrahenten dasjenige, was er erhalten hat, durch Anfechtung entzogen wird, für diesen Kontrahenten ein Anspruch auf Rückgabe dessen entsteht, was er hingegeben hat, so ist dieser Anspruch ein aus dem Vertrage entspringender; der Rechtssatz, welcher ihn gewährt, will lediglich den Parteiwillen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auslegen. Wie kann man nun einen Anspruch, welcher auf einem anfechtbaren Vertrage beruht, als Konkursforderung anerkennen?

Indeß das Gesetz hat es gethan; und es wäre unzulässig, zu behaupten, daß der § 31 Satz 2 nur dann einschlage, wenn dem Anspruch die Einrede der Anfechtbarkeit nicht entgegen stehe; denn wäre dies wahr, so würde der § 31 Satz 2 sinnlos sein, da diese Einrede an sich stets entgegen steht.

Zum Schlusse noch zwei Bemerkungen über die Verjährung des Anfechtungsanspruchs. Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens. Nach Ablauf dieses Jahres besteht,

anders als im gemeinen Recht, auch kein Anspruch mehr auf Rückgabe einer etwaigen Bereicherung[772]; und ebenso wenig kann dann noch die Einrede der Anfechtbarkeit vorgeschützt werden[773], da kein Grund vorhanden ist, die anfechtbar begründeten Forderungen ungünstiger zu behandeln, als sonstige auf anfechtbare Weise entstandene Rechte[774]. Anderer Ansicht könnte man höchstens dann sein, wenn man die Anfechtbarkeit für einen Mangel in der Rechtswirksamkeit der anzufechtenden Handlung ansieht, während sie doch ein selbstständiges Recht der Gläubiger ist.

---

772) Mandry S. 390 flg.

773) Mandry S. 391 erklärt die Frage für zweifelhaft. Allein das Gesetz sagt ausdrücklich, daß das Anfechtungsrecht verjähre.

774) Nach dem oben § 33 unter II Gesagten besteht der durch die Einrede der Anfechtbarkeit aus dem Konkurse rechtskräftig herausgewiesene Anspruch dem Schuldner gegenüber fort; er kann demnach in einem späteren Konkurse wieder angemeldet werden, und zwar würde hier der Einrede der Anfechtbarkeit nach Befinden die Replik der Verjährung entgegen stehen, wenn nicht für jeden Konkurs die Verjährung besonders liefe, von der Konkurseröffnung ab.

Quellenregiſter.

A. Gemeines Recht.

§ 6 I. de actionibus IV, 6: § 2 10; § 2 bei 33; § 2 vor 43; § 9 236.
l. 9 p. und § 2 D. quod metus causa IV, 2: § 33 713.
l. 17 D. quod metus causa IV, 2: § 8 bei 201.
l. 9 § 5 D. de jure jurando XII, 2: § 5 90.
l. 26 § 1 D. de pign. actione XIII, 7: § 32 667.
l. 21 p. D. de peculio XV, 1: § 7 bei 162.
l. 26 D. de contr. emtione XVIII, 1: § 2 30.
l. 43 § 7 D. de aedil. edict. XXI, 1: § 7 110 flg.; § 7 bei 163; § 8 bei 204.
l. 38 § 4 D. de usuris XXII, 1: § 2 14; § 11 nach 262; § 11 bei 278; § 11 bei 283; § 11 bei 300 flg.
l. 5 § 5 D. de jure dotium XXIII, 3: § 4 70.
l. 67 § 1 D. ad S. C. Trebellianum XXXVI, 1: § 7 175.
l. 1 § 6 D. si quid in fraudem XXXVIII, 5: § 4 70.
l. 1 § 27 D. eod.: § 7 136.
l. 10 D. qui et a quibus XL, 9: § 7 140.
l. 6 § 1 D. de reb. auct. jud. XLII, 5: § 7 vor 151.
l. 6 § 2 D. eod.: § 7 vor 151.
l. 8 § 4 D. eod.: § 9 vor 245.
l. 12 p. D. eod.: § 9 vor 245.
l. 14 p. D. eod.: § 2 36.
l. 25 D. eod.: § 5 88; § 9 241.
l. 2 § 1 D. de cur. bon. dando XLII, 7: § 2 36.
l. 1 p. D. h. t.: § 4 57; § 4 78; § 7 nach 170; § 9 245; § 7 251.
l. 1 § 2 D. h. t.: § 5 85.
l. 2 D. h. t.: § 7 181; § 7 bei 229.
l. 3 p. und § 1 D. h. t.: § 5 90.
l. 3 § 1 D. h. t.: § 5 86; § 8 199; § 9 258; § 11 bei 264; § 11 265.
l. 4 D. h. t.: § 5 86.
l. 5 D. h. t.: § 8 188; § 9 257.
l. 6 p. D. h. t.. § 4 bei 55.
l. 6 p — § 5 D. h. t.: § 4 62; § 4 bei 69 flg.
l. 6 § 2 D. h. t.: § 4 56.

l. 6 § 4 D. h. t.: § 4 70; § 16 375.
l. 6 § 5 D. h. t.: § 11 288.
l. 6 § 6 D. h. t.: § 8 208.
l. 6 § 7 D. h. t.: § 7 153; § 7 162; § 7 168; § 7 185.
l. 6 § 8 D. h. t.: § 8 209.
l. 6 § 10 D. h. t.: § 8 211; § 8 bei 216.
l. 6 § 11 D. h. t.: § 7 nach 114; § 8 212.
l. 6 § 12 D. h. t.: § 7 nach 114; § 8 bei 202.
l. 6 § 13 D. h. t.: § 8 212; § 8 223.
l. 6 § 14 D. h. t.: § 14 325 und 327.
l. 7 D. h. t.: § 5 84; § 11 313 und 317.
l. 8 D. h. t.: § 2 39; § 11 bei 314 flg.
l. 9 D. h. t.: § 8 198; § 9 bei 253 flg.
l. 10 p. D. h. t.: § 2 41; § 7 nach 170; § 8 209.
l. 10 § 1 D. h. t.: § 4 49; § 4 bei 61—68; § 7 bei 125—132; § 9 236; § 18 bei 418.
l. 10 § 3 D. h. t.: § 8 188.
l. 10 § 5 D. h. t.: § 8 nach 192; § 8 213.
l. 10 § 8 D. h. t.: § 8 bei 193—195.
l. 10 §§ 9—11 D. h. t.: § 6 bei 94—102; § 9 236.
l. 10 § 12 D. h. t.: § 7 171.
l. 10 § 13 D. h. t.: § 8 181.
l. 10 § 16 D. h. t.: § 7 185 und 186.
l. 10 § 18 D. h. t.: § 14 325 und 327.
l. 10 §§ 19—22 D. h. t.: § 11 bei 276—295.
l. 10 § 20 D. h. t.: § 2 39; § 11 nach 301; § 11 bei 303.
l. 10 § 22 D. h. t.: § 11 nach 262; § 11 bei 302.
l. 10 § 23 D. h. t.: § 11 265.
l. 10 § 24 D. h. t.: § 14 326.
l. 10 § 25 D. h. t.: § 9 249.
l. 11 D. h. t.: § 8 bei 207.
l. 12 D. h. t.: § 8 203.
l. 14 D. h. t.: § 11 269.
l. 15 p. D. h. t.: § 7 nach 111; § 7 bei 115.
l. 15 D. h. t.: § 7 125; § 7 128; § 33 718.
l. 16 D. h. t.: § 7 125; § 7 128.
l. 17 § 1 D. h. t.: § 7 111; § 18 bei 408.
l. 17 § 2 D. h. t.: § 7 171; § 11 272.
l. 18 D. h. t.: § 8 221.
l. 19 D. h. t.: § 7 173; § 7 bei 176.
l. 20 D. h. t.: § 7 173; § 7 bei 176.
l. 22 D. h. t.: § 7 181; § 7 nach 229.
l. 24 D. h. t.: § 7 bei 151; § 7 162; § 7 vor 169.
l. 25 p. D. h. t.: § 8 200; § 8 bei 219 flg.
l. 25 § 1 D. h. t.: § 8 198.
l. 25 § 2 D. h. t.: § 8 205.

l. 25 § 3 D. h. t.: § 7 178.
l. 25 §§ 4 und 5 D. h. t.: § 11 bei 276; § 11 bei 283—289; § 11 bei 296.
l. 25 § 6 D. h. t.: § 11 bei 297—299.
l. 25 § 7 D. h. t.: § 5 bei 87; § 9 bei 251.
l. 96 D. de solut. XLVI, 3: § 7 bei 153.
l. 18 § 10 D. de jure fisci XLIX, 14: § 8 210.
l. 18 § 10 — l. 21 D. de jure fisci XLIX, 14: § 7 184.
l. 26 D. eod.: § 4 69.
l. 45 p. D. eod.: § 4 69.
l. 246 § 1 D. de verb. sign. L, 16: § 11 298; § 11 300.
l. 1 C. h. t.: § 7 178.
l. 4 C. h. t.: § 9 250.
l. 5 C. h. t.: § 8 214.
l. 6 C. h. t.: § 9 236.
l. 2 C. de praet. pign. VIII, 22: § 32 665.
l. 27 C. de evict. VIII, 45: § 11 308.
l. 2 C. de debit. civ. XI, 32: § 8 210.
nov. 4 cap. 3: § 4 bei 51 flg.; § 7 bei 180.
G. IV, 65—68: § 11 270.

B. Modernes Recht.

Konkurs-Ordnung

§ 1: § 29 616; § 33 nach 705.
§ 8: § 32 690; § 32 702.
§ 15 flg.: § 32 bei 689.
§ 22: § 31 645.
§ 23 no. 1: §§ 21—26; § 36 bei 764 flg.
§ 23 no. 2: § 18 bei 402—412; § 20 bei 461—474; § 27 bei 564—594.
§ 24 no. 1: §§ 15—19; § 25 bei 527—533; § 35 bei 742.
§ 24 no. 2: § 20 bei 450—461; § 20 bei 463—474; § 25 nach 539; § 26 548; § 35 bei 749.
§ 25 no. 1: § 28 bei 595—609.
§ 25 no. 2: § 29 bei 610—630; § 35 bei 744 flg.; § 35 bei 749.
§ 26: § 20 bei 467—474.
§ 27: § 18 bei 429; § 24 bei 502—503; § 36 765.
§ 28: § 17 bei 381 flg.; § 32 bei 701.
§ 29: § 31 vor 644; § 32 bei 702.
§ 30: § 26 bei 547; § 33 bei 705 flg.; § 34 bei 720; § 34 734; § 35 bei 744.
§ 31: § 36 bei 755—771.
§ 32: § 36 bei 768—771.
§ 33: § 31 bei 652—655; § 36 765.
§ 34: § 36 bei 772 flg.
§ 37: § 32 nach 694.
§ 121 no. 2: § 31 648.
§ 132: § 32 700.

§ 134 : § 32 $_{702}$.
§ 135 : § 32 $_{700}$.
§ 153 no. 2 : § 30 bei $_{641}$ flg.
§ 188 : § 33 $_{707}$.
Reichsgeſetz vom 21. Juli 1879.
§ 2 : § 16 bei $_{356—360}$; § 16 bei $_{364}$; § 30 $_{632}$.
§ 3 no. 4 : § 29 bei $_{626—628}$.
§ 7 Abſ. 1 : § 29 nach $_{627}$; § 33 bei $_{708}$.
§ 8 : § 29 nach $_{627}$.
§ 13 Abſ. 1 : § 30 vor $_{635}$.
Abſ. 3 : § 24 $_{497}$.
Abſ. 4 : § 31 nach $_{647}$.
Abſ. 5 : § 30 bei $_{635}$.
Reichs-Civil-Prozeß-Ordnung
§ 63 : § 31 bei $_{648}$.
§ 293 : § 31 bei $_{655}$.
§ 295 : § 17 $_{398}$.
§ 296 : § 17 $_{397}$.
§ 676 : § 32 $_{694}$.
§ 716 : § 24 bei $_{495}$.
§ 720 : § 24 bei $_{495}$.
§ 810 : § 32 $_{664}$.

Sachregiſter.

Abſchluß ſ. Benachtheiligung.

Abſicht. § 18 bei 411, 412, 418; vergl. Benachtheiligungswillen.

Abtretung § 34 bei 724.

Actio doli § 33 bei 713.

Actio Pauliana: actio arbitraria § 2 bei 39, § 11 bei 312; actio ficticia? § 2 bei 6–8 und 32, § 17 387, § 33 bei 709–719; actio in rem universalis? § 2 bei 21–31, § 11 265 i. f.; Deliktsklage? § 8 bei 196–209; formula § 2 bei 33.

Actio quod metus causa § 33 bei 713.

Anfechtbarkeit i. A. § 5 bei 93; § 33 bei 709–719.

Anfechtungsrecht i. A. § 1; § 4 bei 48; § 4 vor 60; § 8 bei 214–220; § 8 217; § 16 336; § 18 bei 406 und 430–436; § 21; § 26 bei 552–554; § 28 bei 601 flg.; § 29 bei 612 flg.; § 30 641; vergl. Konkursanſpruch.

Anmeldung von Forderungen § 16 379; vergl. Feſtſtellungsverfahren.

Arreſt § 32 664.

Arreſtpfand § 17 bei 380–382; § 24 bei 489–497; § 27 bei 591–594.

Aufnahme von Prozeſſen § 32 658 und 702.

Aufrechnung § 5 bei 80; § 25 bei 527–535; § 27 bei 582. Vergl. deductio.

Ausſchlagung von Erwerbungen § 4 bei 69–73; § 11 bei 288; § 16 bei 374; § 24 bei 483.

Begünſtigungsabſicht § 18 bei 401–409.

Beklagter § 9 bei 251–260; § 31 bei 367–369.

Benachtheiligung durch den Abſchluß § 20 bei 458–461; § 25 bei 511; § 25 a. E.; § 26 548.

Benachtheiligung durch die Eingehung § 21 vor 475; § 25 bei 505–539; § 26 bei 540; § 26 bei 543–548.

Benachtheiligungswillen: Culpa lata? § 7 bei 105–108; § 18 vor 401; Erheblichkeit des Zwecks? § 7 bei 108–111, § 18 bei 401–412; Inhalt § 7 bei 112–135, § 18 bei 413–414; insbeſondre perſönliche Richtung? § 4 bei 63–68, § 7 bei 124–135, § 16 bei 370–373, § 18 bei 414; Rechtswidrigkeit § 7 bei 148–185, § 18 bei 419–447; Wirkung § 7 bei 136–147, § 18 bei 415–418. — Im Fall des § 23 no. 1: § 25 bei 534.

Beneficium competentiae, Nichtgebrauch § 7 90.

Beneficium dationis in solutum § 4 bei 51 und 52.

Beſitz, Vorausſetzung der Haftung des Beklagten? § 11 bei 267; § 34 bei 723–737; § 35 bei 751 flg.

Bevorrechtigte Forderungen § 16 bei 367–369.

Beweis § 4 bei 78a; § 5 bei 82–84; § 7 111; § 7 bei 140; § 16 360; § 16 bei

361—362; § 18 416; § 20 bei 450—474; § 26 540 und 548; § 27 bei 564—594.
Bürgen § 7 bei 220; § 28 bei 603; § 29 bei 621—625.

Causalzusammenhang: Objektiver § 2 bei 33; § 5 bei 80—84; § 11 bei 309—318; § 11 313; § 17 bei 385; § 25 bei 518, § 28 595; subjektiver § 7 bei 136—147, § 18 bei 415—418, § 25 bei 529—535.
Cession s. Abtretung.
Compensation s. Aufrechnung.
Condictio ob turpem causam § 11 306.
Condictio sine causa § 11 bei 304—306; § 36 bei 756—765.
Concurs ꝛc. s. Konkurs ꝛc.
Construction § 24 bei 490—497; § 26 bei 553—563. Vergl. Konkursrecht.
Contrarius consensus § 27 bei 587.
Creditgeschäfte § 25 bei 537—539.
Culpa lata § 7 bei 105—108.
Curator bonorum § 2 bei 38; § 9 bei 243. Vergl. Konkursverwalter.

Datio in solutum § 7 170a; § 7 bei 177—180; § 8 194; § 8 bei 224 und 225; § 11 270; § 18 bei 435 und 447; § 20 456; § 20 457; § 25 bei 516 und 520; § 25 528; § 27 bei 576—581.
Deductio § 11 270.
Deliktsobligation § 8 bei 196—209; § 11 bei 262—318; § 16 549—551; § 16 bei 563.
Dereliktion § 8 188.
Dispositionsmaxime § 3, § 21.
Donatio remuneratoria § 28 bei 604.

Eadem bona § 2 bei 42 und 45; § 6 bei 94—102.
Ehegatten § 28 bei 609; § 29 bei 610—630.
Eideszuschiebung § 7 90.
Eingehung, vergl. Benachtheiligung.
Einrede der Anfechtbarkeit § 32 bei 659—703; § 36 vor 772.
Einstellung des Verfahrens § 33 707.
Erben, Haftung der E., § 8 bei 207; § 31 nach 652.
Erbfall, Einfluß auf die Anfechtbarkeit s. eadem bona.
Erlaßvertrag § 24 bei 486.
Erwerbungen s. Ausschlagung.
Evictionsanspruch § 11 bei 307—309.

Feststellungsklage § 32 658.
Feststellungsverfahren (im Konkurse) § 32 bei 699—702.
Fiskalprivilegien § 4 69; § 7 bei 184; § 8 bei 210.
Frauenvermögen § 29 bei 610—630; § 35 bei 743—747.
Fraus s. Benachtheiligungswillen.
Freilassungen § 7 nach 116; § 7 128.
Früchte, Haftung dafür § 11 267 i. f.; § 11 bei 276—302; § 34 bei 738—741.

Gegenleistung § 5 bei 82—84; § 11 bei 304—318; § 36 bei 755—772.
Gelegenheitsgeschenke § 28 bei 609.
Gemeinschuldner als Beklagter § 9 bei 251 und 252; § 31 647; § 32 bei 656—657.
Gemischte Geschäfte s. zusammengesetzte Geschäfte.
Generalhypothek § 32 bei 680—690.
Geschichtliches § 2 bei 1—45; § 21.
Gratifikationstheorie § 7 bei 149; § 18 bei 431—436. Vergl. auch § 8 bei 216—225.
Grundstücke § 33 bei 706.
Guter Glaube § 8 217; § 13 bei 322—324; § 35 bei 748.

Haftung s. Deliktsobligation, Erben, quasideliktische, quasikontraktliche Haftung.

Handelspapiere § 27 bei 576—581.
Handlung, anfechtbare § 5 bei 85—93. Vergl. Rechtshandlung.
Heirathsgut § 29 bei 610—630; § 35 bei 743—747.
Hoffnung auf guten Erfolg schließt die fraus aus: § 7 bei 117—123; § 18 bei 413.
Hülfspfand § 17 bei 380—382; § 24 bei 489—497; § 27 bei 589.

Immission § 9 bei 230—240. Vergl. Konkurseröffnung.
In integrum restitutio s. Wiedereinsetzung.
Interdictum fraudatorium § 2 bei 41 flg.; § 6 bei 94—102; § 11 bei 277 flg.
Interesse § 16 bei 335 flg.

Kenntniß der fraus: Ursprung § 8 bei 188; Inhalt (K. der einzelnen Gläubiger?) § 8 bei 189—195; rechtl. Bedeutung § 8 bei 196—208, § 19 bei 488 flg.; Zeit § 8 bei 209. — Ausnahmen § 8 bei 210—229, § 19 vor 488.
Kenntniß des § 23 no. 1: Inhalt § 26 bei 540—548; rechtl. Bedeutung § 27 bei 549—563.
Kläger § 9 bei 243—250; § 31 bei 644—648.
Konkursanspruch § 24 bei 498—502; § 26 bei 552—561; § 30 641; § 32 bei 691—703.
Konkurseröffnung § 9 bei 230—240; § 30 bei 631 flg.
Konkursgläubiger, Rechtsstellung § 31 bei 644—648; § 32 bei 661—702; § 33 bei 714 flg.
Konkursmasse § 33 bei 705—708.
Konkursordnung, Verhältniß zum Reichsges. vom 21. Juli 1879: § 30 bei 632—636.
Konkursrecht: Konstruktion § 32 bei 661—703; Verhältniß zum Arrestrecht § 32 664.
Konkursverwalter § 31 bei 644—648; § 32 bei 659—703.

Legislative Gesichtspunkte s. Anfechtungsrecht.
Lukrative Erwerbungen § 8 bei 214—229; § 13 bei 322 flg. Vergl. unentgeltliche Verfügungen.

Motive, Werth § 16 bei 351 flg.; § 18 bei 424.

Nachlaßkonkurs § 16 bei 347.
Natürliche Verbindlichkeiten § 7 bei 172—176; § 27 bei 569—575.
Nebenintervention § 31 bei 648.
Negotiorum gestio § 26 bei 550 flg.
Nichtigkeit § 33 719.
Nichtunterbrechung der Verjährung § 5 bei 86; § 8 bei 199; § 17 bei 392 flg.
Novation § 27 bei 585 flg.

Objektiver Ausgangspunkt des modernen Rechts § 21, § 23.

Pfandbestellung § 4 bei 58 flg.; § 7 bei 183; § 8 bei 221 flg. und bei 226; § 25 bei 519; § 25 bei 522; § 27 bei 588 flg.; § 28 bei 607.
Pfanderlaß § 8 bei 221 flg.
Pfändung, private § 24 bei 498; s. Zwangsvollstreckung, Hülfspfand.
Pignus praetorium § 32 bei 665—672.
Portio § 11 bei 316.
Prozeßhandlungen § 5 bei 90; § 17 bei 399 flg.; § 20 bei 453.
Prüfungstermin s. Feststellungsverfahren.
Pupill, Haftung § 8 bei 211 und 216.

Quasikontraktliche Haftung § 8 bei 200—207; § 11 bei 319—321; § 35 bei 742—752.

Quasideliktische Haftung § 20 bei 466.

Rechtshandlung § 16 bei 333; § 17 bei 380—400; § 24 bei 492—504; des Gemeinschuldners § 24 bei 489.
Rechtskraft § 31 bei 655; § 32 bei 695; § 32 700.
Rechtsverhältniß nach Erfüllung des Anfechtungsanspruchs § 11 bei 263—265; § 33 bei 705—708.
Rechtsvermuthungen § 20 bei 450—474; § 27 bei 564—594; § 31 nach 654.
Redhibition § 7 bei 163.
Reichsrecht, Verhältniß zum gemeinen Recht § 15, § 21.
Replik der Anfechtbarkeit § 32 bei 704.
Restitution in Natur § 11 266; § 11 bei 311 flg.; § 34 bei 723.

Schaden der Gläubiger: Nothwendigkeit § 4 bei 48 flg., § 16 bei 330—337, § 18 418, § 28 bei 596 flg., § 29 611; Zustand des schuldnerischen Vermögens § 4 bei 50—59, § 16 bei 338—369, § 28 bei 596 flg., § 29 611; Einwirkung auf die Konkursforderungen § 4 bei 60—73, § 16 bei 370—375; Zeit des Eintritts § 4 bei 74—79, § 9 bei 233 flg.; Beweis § 4 bei 78a, § 16 bei 360—362. — Zu § 23 der K. O.: § 22. — Vergl. Benachtheiligung, Zahlungsunfähigkeit.
Schenkung § 7 nach 116; vergl. lukrative Erwerbungen; — S. des ganzen Vermögens § 7 111.
Selbsthülfe § 7 bei 186.
Sondernachfolger, Anspruch desselben auf die Gegenleistung § 36 765; S. der Ehefrau § 29 bei 617 flg. Vergl. Beklagter.
Subjekt des Anfechtungsanspruchs § 4 bei 57—58; § 4 bei 60; § 16 bei 367 flg.; § 31 bei 644—648.

Ueberschuldung § 4 bei 76 flg.; § 7 bei 113 flg.; § 16 bei 338—364; § 18 bei 417; § 25 bei 507 flg.
Unentgeltliche Verfügungen § 20 bei 450; § 28 bei 595—609. Vergl. lukrative Erwerbungen, quasikontraktliche Haftung.
Unterlassungen § 5 bei 86; § 17 bei 387—400; § 24 bei 483.
Unmöglichkeit der Leistung, vergl. Besitz.
Urkundenprozeß § 16 344.
Urtheilsformel § 11 bei 312; § 33 707; § 36 765.

Verjährung § 14 bei 325 flg.; § 36 bei 772 flg.; s. Nichtunterbrechung.
Vermögen des Schuldners s. Schaden der Gläubiger.
Vermögensverminderung § 4 bei 53—59.
Vertreter, Haftung für dessen Handlungen § 8 bei 213.
Vertheidigungsmittel des Beklagten § 11 bei 303—318; § 16 bei 339 flg.; § 16 bei 342—345; § 36 bei 753—774.
Verwendungen § 11 bei 303 flg.
Vollstreckbarer Schuldtitel § 17 bei 380—382.

Wechselausstellung § 25 bei 523—526.
Wechselzahlungen § 24 bei 502—503; § 36 765.
Wiedereinsetzung § 2 bei 6—9; § 2 bei 18 flg.; § 2 bei 32; § 33 bei 710.

Zahlung: Allgemeines § 4 bei 54 flg., § 25 bei 516, § 25 bei 519—520; Anfechtbarkeit § 7 bei 184 flg., § 17 399, § 24 bei 498—503, § 26 550; auf bedingte und befristete Ansprüche § 7 bei 171, § 11 bei 270—275, § 27 bei 567 flg.; auf natürliche Verbindlichkeiten

§ 7 bei 172 flg., § 27 bei 569 flg.; Unanfechtbarkeit § 4 bei 53 flg., § 7 bei 148—185, § 18 bei 419—447, § 25 bei 536—539.
Zahlungsannahme § 8 bei 208; § 25 bei 521.
Zahlungsstatt s. datio in solutum.
Zahlungsunfähigkeit § 4 bei 50 flg.; § 4 nach 59; § 16 bei 338—369. § 26 561.
Zahlungsunvermögen § 16 bei 357.
Zeit der anfechtbaren Handlung § 5 bei 91 flg.; § 17 bei 396; § 24 bei 504.
Zinsen, Haftung dafür § 11 267 i. f.; § 11 bei 276—302; § 34 bei 738—741.
Zufall, Haftung dafür, s. Besitz.
Zug- um- Zug-Geschäfte § 25 bei 537—539.
Zusammengesetzte Geschäfte § 8 215; § 25 bei 527—535; § 28 605; § 29 bei 626—628.
Zwangsvollstreckung § 9 bei 282; § 17 bei 380 flg.; § 24 bei 489—497.
Zweijährige Frist § 29 bei 629 flg.

Rechtswissenschaftliche Schriften

im Verlage von Breitkopf & Härtel in Leipzig.

Deutsches Privat- und Handelsrecht.

Hypothekenrecht, Deutsches. Nach den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten systematisch dargestellt. Herausgegeben von Dr. Viktor v. Meibom, Reichsgerichtsrath in Leipzig, unter Mitwirkung von Geh. Justiz-Rath Prof. Dr. von Bar in Göttingen, Geh. Justiz-Rath Prof. Dr. Dernburg in Berlin, Prof. Dr. Exner in Wien, Geh. Oberjustizrath Hinrichs in Berlin, Reichsgerichtsrath Dr. Puchelt in Leipzig, Prof. Dr. Regelsberger in Würzburg, Reichsgerichtsrath Dr. Römer in Leipzig, Ober-Appellationsgerichts-Vice-Präsident Dr. Siegmann in Dresden.

1. Band. Das hannoversche Hypothekenrecht von L. v. Bar. X, 136 S. gr. 8. 1871. ℳ 2. 70.
2. Band. Das mecklenb. Hypothekenrecht v. B. v. Meibom. gr. 8. 1871. ℳ 6.
3. Band. Das bayerische Hypothekenrecht v. Dr. Ferdinand Regelsberger. 1. Abtheilung. XVI, 334 S. gr. 8. 1874. ℳ 7.
   2. Abtheilung. X u. S. 335—504. gr. 8. 1877. ℳ 4.
4. Band. Das königlich sächsische Hypothekenrecht von Dr. Siegmann. XII, 243 S. gr. 8. 1875. ℳ 6.
5. Band. Das österreichische Hypothekenrecht von Dr. Adolf Exner. 1. Abth. LIV, 288 S. gr. 8. 1876. ℳ 7.
   2. Abtheilung. VIII, 289—676 u. LI S. gr. 8. 1881. ℳ 9.
6. Band. Das württembergische Unterpfandsrecht von Dr. Römer. XII, 252 S. gr. 8. 1876. ℳ 6.
7. Band. Das rheinisch-französische Privilegien- und Hypothekenrecht. 1. Abth. Das französische Privilegien- und Hypothekenrecht von Dr. S. Puchelt. X, 366 S. gr. 8. 1876. ℳ 8.
   2. Abth. Das rheinische Hypothekenrecht in seinen Abweichungen vom franz. Rechte von Dr. Dreyer, Dr. Gorius, Heinsheimer, Thoma, Dr. Lippold. VIII, 275 S. gr. 8. 1877. ℳ 6.
8. Band. Das preußische Hypothekenrecht von Dr. Dernburg und Hinrichs. 1. Abtheilung. VIII, 548 S. gr. 8. 1877. ℳ 12. 50.

Delbrück, Berthold, Die dingliche Klage des deutschen Rechts. Geschichtlich und für den heutigen Gebrauch dargestellt. XII, 340 S. gr. 8. 1857. geh. ℳ 5.

Wasserschleben, H., Das Princip der Erbenfolge nach den älteren deutschen und verwandten Rechten. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung. VI, 312 S. gr. 8. 1870. ℳ 5

Unger, Joseph, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. IV, 176 S. gr. 8. 1857. geh. ℳ 2. 50.

Dahn, Felix, Deutsches Privatrecht. (Mit Lehen-, Handels-, Wechsel- und Seerecht.) Grundriss. 1. Abtheilung. Privatrecht und Lehenrecht. X, 350 S. gr. 8. 1878. n. ℳ 8.

— Handelsrechtliche Vorträge. VIII, 198 S. gr. 8. 1875. ℳ 4.

Wächter, Oscar, Das Handelsrecht nach dem Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch ꝛc. f. d. Gebrauch des Handelsstandes. 2 Theile. VI, 304 S. u. IV, 198 S. gr. 8. 1865. 1866. ℳ 8. 40.

— Das Wechselrecht des norddeutschen Bundes und der allgemeinen deutschen Wechselordnung in den deutschen und deutsch-österreichischen Ländern, für die Praxis dargestellt. 2 Abtheilungen. gr. 8. 1869 u. 1870. L, 697 S. geh. ℳ 12.